

Strafblad

TIJDSCHRIFT VOOR WETENSCHAP EN PRAKTIJK

Van de uitgever van: **«NbSr»**
Nieuwsbrief Strafrecht

www.tijdschriftstrafblad.nl

NAWERKING VAN DE STRAF

De rechter als visionair

Prof. mr. dr. P.M. Schuyt

Terugvordering van de kosten van rechtsbijstand

Prof. mr. dr. D.V.A. Brouwer

De preventieve werking van het VOG-beleid. Kritische kanttekeningen bij 'Eens een dief, altijd een dief'

Mr. E.G. Kurtovic en

prof. mr. dr. M.M. Boone

VU LAW
ACADEMY

Coördinator:
Prof. mr. Roan Lamp

Leergang Financieel-economisch strafrecht

Start: 26 september 2017

U leert hoe u fraudezaken kunt behandelen, begeleiden
of opsporen, of hierin kunt adviseren.

www.vulaw.nl

VU
VRU
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN

Strafblad

Strafblad. Tijdschrift voor wetenschap en praktijk is een uitgave van Sdu Uitgevers en verschijnt zesmaal per jaar. Naast dit tijdschrift ontvangen abonnees wekelijks per e-mail nieuws op het gebied van strafrecht en hebben zij toegang tot de site www.tijdschriftstrafblad.nl.

Redactie

Prof. mr. J.H. Crijns (Universiteit Leiden)

Prof. dr. D. Van Daele (KU Leuven)

Prof. mr. dr. P.T.C. van Kampen (Universiteit Utrecht)

Mr. A. de Lange (Hof Den Haag)

Mr. J.T.C. Leliveld (Van Doorne)

Mr. dr. P.P.J. van der Meij (Cleerdin & Hamer Advocaten)

Prof. mr. dr. J.B.H.M. Simmelink (Maastricht University)

Prof. mr. E.F. Stamhuis (Erasmus School of Law)

Mr. T. Trotman (Hof Den Haag)

Uitgever

Sdu Uitgevers

Drs. G.J. Schinkel

Postbus 20025, 2500 EA Den Haag

Tel.: (070) 378 97 37

E-mail: g.schinkel@sdu.nl

Redactiesecretariaat

Mr. M. Samadi

E-mail: Strafblad@jur.ru.nl

Tel.: (071) 527 5309

Bureau redactie Sdu

Mw. drs. F.E. Jansen

Tel.: (070) 378 08 40

E-mail: floortje.jansen@sdu.nl

Ontwerp en vormgeving

(M/V) ontwerp, www.mv-ontwerp.nl

Abonnementen

De abonnementsprijs bedraagt € 361,00 per jaar (excl. btw, incl. verzend- en administratiekosten). Voor dit bedrag ontvangt u tevens een verzamelband, toegang tot het online archief van het tijdschrift en wekelijks per e-mail nieuws op het gebied van strafrecht. Toegang tot Strafblad via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google). Prijs studentenabonnement € 101,- (excl. btw). Prijswijzigingen voorbehouden.

Abonnementenadministratie/ adreswijziging

Sdu Klantenservice

Postbus 20014, 2500 EA Den Haag

Tel.: (070) 378 98 80

www.sdu.nl/klantenservice

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de abonnements(overeenkomst) en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden.

Advertentieacquisitie

Sdu

Business Line Legal, Tax & Regulatory

Postbus 20025

2500 EA Den Haag

Tel.: (070) 378 03 50

E-mail: sdu.adverteren@sdu.nl

www.sduadverteren.nl

© Sdu Uitgevers, Den Haag 2017.

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16B en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Strafblad impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervaelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Strafblad in enige vorm.

Artikelen zonder bronvermelding zijn gebaseerd op eigen nieuwsgaring van de redactie. De rubriek Rechtspraak bevat een eigen selectie van uitspraken door de redactie.

Citeertitel: Strafblad jaartal/volnummer, b.v.
Strafblad 2017/1

ISSN 1567-2581

www.tijdschriftstrafblad.nl

Coverbeeld: Gerard Til/Hollandse Hoogte



THEMA Nawerking van de straf

NAWERKING VAN DE STRAF

235 **33. De rechter als visionair**

Prof. mr. dr. P.M. Schuyt

In deze bijdrage behandelt de auteur de vraag welke gevolgen veranderingen in het denken over de doelen van bestraffing en uitbreiding van het sanctiepakket kunnen hebben voor de rechterlijke straftoemingsbeslissing.

241 **34. Voorwaardelijke invrijheidstelling: één been in de cel, één been in de samenleving**

Mr. C.H. Heijink en mr. drs. J. Hoekman

Dit artikel gaat in op de huidige regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling en de rol van de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling van het Openbaar Ministerie bij het verwezenlijken van het doel van deze regeling.

248 **35. De (on)veiligheid van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel**

Mr. D. Broux

Op 1 januari 2018 treedt de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel in werking. De maatregel kan grote gevolgen hebben voor bepaalde delinquenten. In dit artikel wordt de regelgeving omtrent de zelfstandige maatregel onder de loep genomen.

256 **36. Terugvordering van de kosten van rechtsbijstand**

Prof. mr. dr. D.V.A. Brouwer

Vanaf 1 maart 2017 worden de door de Staat gemaakte kosten van rechtsbijstand op veroordeelden verhaald. In deze bijdragen een schets van de regeling en een bespreking van haar verenigbaarheid met artikel 6 EVRM.

266 **37. De arbeidsrechtelijke gevolgen van wat strafrechtelijk niet mag**

Mr. dr. J. van Drongelen en mr. E.C.M. Dekkers

Onder welke omstandigheden rechtvaardigt een strafrechtelijke verdenking of veroordeling de meest verstrekkende sanctie in het arbeidsrecht, namelijk die van beëindiging van de arbeidsrelatie?

272 **38. De preventieve werking van het VOG-beleid**

Kritische kanttekeningen bij 'Eens een dief, altijd een dief?'

Mr. E.G. Kurtovic en prof. mr. dr. M.M. Boone

Een belangrijk bijkomend gevolg van straf is de Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG). Eerst bespreken we hoe daarbij risico's worden ingeschat. Daarna gaan we in op de (vermeende) effectiviteit van het VOG-beleid.

279 **39. Het strafdoel van de resocialisatie en de toepassing van de Wet Bibob**

Mr. dr. drs. B. van der Vorm

De toepassing van de Wet Bibob kan strijd opleveren met de resocialisatiegedachte. Het bestuursorgaan kan het belang van de resocialisatie mee laten wegen in de verplichte evenredigheidstoetsing.

286 **40. De (uitbreiding) recidiveregeling ernstige verkeersdelicten**

Mr. S. Hugen

Een uiteenzetting van de werking en vormgeving van de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten en de uitbreiding van de reikwijdte met rijden onder invloed van drugs.

293 **41. Fiscaal optreden na een strafrechtelijk onderzoek**

Zorgvuldige samenwerking of double jeopardy?

Prof. mr. G.J.M.E. de Bont en mr. A.B. Vissers

Strafrechtelijke onderzoeken kunnen tevens resulteren in informatie verstrekking aan de fiscus. Dit leidt niet zelden tot belastingheffing en beboeting van de verdachte belastingplichtige.

En verder

31. Redactioneel, <i>prof. mr. J.H. Crijns en prof. mr. dr. J.B.H.M. Simmelink</i>	231
32. Column, <i>prof. mr. dr. J. Langer</i>	234
44. Wetgevingsoverzicht	312

304 **42. Het recht op verblijf is niet absoluut**

Het risico van een strafrechtelijke veroordeling

Mr. E.E.M. Bezem en mr. S. Thelosen

In dit artikel bespreken wij de invloed van het strafrecht op het verblijfsrecht van een vreemdeling.

DISCUSSIE, NIEUWS & ANALYSE

312 **43. Waardebepaling van goederen bij het vaststellen van daadwerkelijk behaald en te ontnemen voordeel in het ontnemingsrecht**

Mr. J.D.L. Nuis

Waardebepaling van goederen bij het vaststellen van daadwerkelijk behaald en te ontnemen voordeel in het ontnemingsrecht.

31. Nawerking van de straf

In het gros van de gevallen leidt een strafproces tot de oplegging van een of meerdere straffen en/of maatregelen aan de veroordeelde. Met de daaropvolgende executie van de opgelegde straffen of maatregelen komt het strafrechtelijk traject – in ieder geval voor wat betreft de hoofdzaak – doorgaans tot een einde. De veroordeelde ‘heeft boete gedaan’ en daarmee is strafrechtelijk gezien de kous voor dat moment af. Daarmee is echter niet zonder meer gezegd dat ook de veroordeelde definitief schoon schip heeft gemaakt en de draad weer ongestoord kan oppakken. Strafrechtelijke procedures – zelfs wanneer deze niet zijn geëindigd in een veroordeling – kunnen immers ook tal van bijkomende consequenties voor het leven van de veroordeelde of de gewezen verdachte hebben, zowel in feitelijke als in juridische zin. Deze nawerking van de strafrechtelijke procedure vormt het thema van deze editie. Hierbij kan worden gedacht aan het gegeven dat een eerdere strafrechtelijke veroordeling aanleiding kan geven tot toepassing van een recidiveregeling, met consequenties voor de straftoemeting in een later strafproces. Uit de verschillende bijdragen in deze editie blijkt dat een strafrechtelijke procedure ook gevolgen kan hebben binnen tal van andere deelgebieden van het recht, bijvoorbeeld het arbeidsrecht, het fiscale recht en het vreemdelingenrecht, maar bijvoorbeeld ook voor de aanvraag van een vergunning of een Verklaring Omtrent het Gedrag.

Deze realiteit – in de literatuur ook wel bestempeld als ‘de straf na de straf’ – roept diverse interessante praktische en theoretische vragen op. Wat betekenen deze bijkomende gevolgen voor de mogelijkheden voor de veroordeelde om zijn leven daadwerkelijk weer op te pakken? In hoeverre is het legitiem dat een veroordeelde ook binnen andere rechtsgebieden wordt geconfronteerd met zijn strafrechtelijk verleden? Wat betekenen de – al dan niet voorziene – bijkomende negatieve gevolgen van strafoplegging voor de proportionaliteit van de straf? En – in relatie daarmee – in hoeverre moet de strafrechter zich in het kader van de straftoemeting iets gelegen laten liggen aan deze bijkomende gevolgen?¹ Moeten deze in enigerlei mate strafmatigend werken teneinde de proportionaliteit van het totaalpakket aan ‘bestrafing’ te bewaken of houdt de verantwoordelijkheid van de strafrechter op bij het bepalen van de straf op basis van de ernst van het

feit en de op dat moment bekende persoonlijke omstandigheden van de verdachte?² En wat is in dit verband de rol van het ne bis in idem-beginsel: onder welke omstandigheden leiden bijkomende gevolgen van strafoplegging tot strijd met het verbod op dubbele bestrafing? En welke rol speelt de onschuldpresumptie in dit verband: dient de strafrechtelijke schuld eerst vast te staan alvorens bijkomende gevolgen zouden mogen intreden of vormt de enkele betrokkenheid in een strafrechtelijke procedure onder omstandigheden al voldoende legitimatie om in andere contexten beslissingen te nemen omtrent de (rechts)positie van de verdachte? Deze en dergelijke vragen vormen de rode draad binnen de verschillende bijdragen die in dit nummer zijn opgenomen.

Schuyt stelt in haar bijdrage onder de titel ‘De rechter als visionair’ vast dat de strafrechter – mede als gevolg van veranderingen in het denken over de doelen van de straf en de uitbreiding van het sanctiearsenaal gedurende de laatste decennia – in toenemende mate wordt geacht toekomstverwachtingen ten aanzien van de positie en de ontwikkeling van de verdachte mee te nemen in zijn straftoemetingsbeslissing. Waar hij in het verleden de op te leggen sanctie(s) met name (terugkijkend) bepaalde op basis van de ernst van het feit en de verwijtbaarheid daarvan aan de verdachte, wordt hij steeds meer geacht de op te leggen sancties (voorspellend) in dienst te stellen van toekomstige ontwikkelingen. Dit vraagt volgens Schuyt het nodige van de rechter, terwijl de verdachte zich tegelijkertijd geconfronteerd ziet met sancties die zijn toekomstige leven mogelijk verstrekkend beïnvloeden.

Heijink en Hoekman, beiden werkzaam bij de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling van het Openbaar Ministerie, buigen zich in hun bijdrage over de regeling en de praktijk van de voorwaardelijke invrijheidstelling. Zij betogen dat de voorwaardelijke invrijheidstelling niet zozeer moet worden gezien als een (voorwaardelijke) beëindiging van de straf als wel als een voortzetting van de straf in relatieve vrijheid. In die zin is de voorwaardelijke invrijheidstelling bovenal een nieuwe fase in de strafexecutie waarin de veroordeelde zich aan de gestelde voorwaarden dient te houden.

Broux bespreekt in haar bijdrage de nieuwe gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel die vanaf 1 januari 2018 het Wetboek van Strafrecht zal verrijken en die verstrekkende consequenties zal kunnen hebben voor gedetineerden na ommekomst van hun detentie. Met behulp van deze zelfstandige maatregel kan – in aanvulling op de voorwaardelijke invrijheidstelling – op voormalige ter

1 Zie S. Meijer, ‘De Invloed van de strafrechter op de bijkomende gevolgen van de straf. Pleidooi voor een meer integrale benadering tussen de straftoemetingsbeslissing en de bestuursrechtelijke beslissing’, *DD* 2017/16. Zie meer specifiek ten aanzien van de VOG-problematiek P.M. Schuyt, ‘De VOG als strafbeïnvloedende omstandigheid – of niet?’, *Trema* 2014, nr. 4, p. 10-15.

2 Zie M. Boone & E.G. Kurtovic, ‘Bijkomende gevolgen van straf en het principe van proportionele strafoplegging’, *NJB* 2016/1130.

beschikking gestelden en wegens ernstige gewelds- en zedenmisdrijven tot gevangenisstraf veroordeelden na ommekomst van hun vrijheidsbeneming nog jarenlang (en zo nodig zelfs levenslang) toezicht worden uitgeoefend. Broux plaatst in haar bijdrage de nodige kanttekeningen bij nut en noodzaak van deze nieuwe maatregel.

Waar de recente inwerkingtreding van de wetgeving met betrekking tot het recht op rechtsbijstand – onder meer inhoudende de wettelijke verankering van het recht op verhoorbijstand – grosso modo goed nieuws is voor de verdachte en diens verdediging, laat Brouwer in zijn bijdrage zien dat deze wetgeving ook een flinke adder onder het gras bevat, te weten de terugvorderingsregeling van het nieuwe artikel 43, derde lid, Sv. De verdachte die als gevolg van het feit dat hij in voorlopige hechtenis is genomen ambtshalve een raadsman toegevoegd heeft gekregen, zal bij een latere veroordeling voortaan een terugvordering van de genoten rechtsbijstand tegemoet kunnen zien, althans indien hij als voldoende draagkrachtig wordt beschouwd. Daarmee loopt de verdachte die ambtshalve een raadsman toegevoegd heeft gekregen voortaan gedurende het strafproces niet alleen meer een strafrechtelijk risico, maar ook een financieel risico.

Brouwer betoogt dat dit funest kan uitpakken voor de effectiviteit van diens verdediging, nu de verdachte en zijn raadsman de verdedigingsstrategie voortaan mede op basis van de te nemen financiële risico's moeten bepalen.

Van Drongelen en Dekkers gaan in hun bijdrage in op de mogelijke arbeidsrechtelijke gevolgen van het feit dat een werknemer is betrokken in een strafrechtelijke procedure, meer in het bijzonder op de vraag onder welke omstandigheden dit gegeven aanleiding vormt om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te gaan. In dit verband is een belangrijke vraag of en in hoeverre de werkgever in het licht van de onschuldpresumptie de uitkomst van de strafrechtelijke procedure dient af te wachten alvorens tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt overgegaan. De auteurs concluderen dat de werkgever daar wel verstandig aan doet, al is het niet zo dat een latere vrijspraak per definitie in de weg zou moeten staan aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Ook concluderen zij dat ontslag in verband met een strafrechtelijke veroordeling niet snel vragen oproept in verband met het ne bis in idem-beginsel.

Kurtovic en Boone gaan in hun bijdrage in op de bekende problematiek die gewezen verdachten en veroordeelden ondervinden wanneer zij een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) aanvragen, in veel gevallen benodigd voor het verkrijgen van een al dan niet betaalde baan. Meer specifiek gaan zij in op de effectiviteit van het VOG-beleid mede in het licht van de effectiviteitsmeting die vorig jaar door Kruize en Gruter in opdracht van het WODC is uitgevoerd.³ Waar deze effectiviteitsmeting tot bepaald positieve conclusies

komt ten aanzien van de effectiviteit van het VOG-beleid, plaatsen Kurtovic en Boone kritische kanttekeningen bij deze conclusies.

Van der Vorm richt zich in zijn bijdrage op beantwoording van de vraag hoe de toepassing van de Wet Bibob zich verhoudt tot het strafdoel van resocialisatie. De Wet Bibob verschaft bestuursorganen immers een instrument om op grond van strafrechtelijke antecedenten een vergunning te kunnen weigeren of in te trekken. Hoewel de doelstelling van dit instrument weliswaar op zichzelf legitiem is – bescherming van de integriteit van het openbaar bestuur en het voorkomen dat het openbaar bestuur ongewild meewerkt aan het faciliteren van toekomstige strafbare feiten – kan het weigeren of intrekken van een vergunning de resocialisatie van de veroordeelde wel bemoeilijken. Van der Vorm concludeert dat dit risico kan worden meegewogen in het kader van de evenredigheidstoetsing die het bestuursorgaan in het kader van de Wet Bibob dient te maken. Tegelijkertijd dienen – mede in het licht van het feit dat de resocialisatiegedachte geen juridisch afdwingbare norm is – de verwachtingen hiervan niet al te hooggespannen zijn.

De bij het grote publiek onbekende bijzondere recidiveregeling met betrekking tot rijden onder invloed van alcohol of drugs van artikel 123b WvW 1994 wordt besproken door Hugen. De auteur schetst onder welke voorwaarden een rijbewijshouder kan worden geconfronteerd met het van rechtswege ongeldig worden van het aan hem afgegeven rijbewijs. Tegen het na een herhaalde veroordeling voor rijden onder invloed van alcohol of drugs van rechtswege ongeldig worden van het rijbewijs, staat voor de getroffen rijbewijshouder geen rechtsgang open. De auteur gaat mede aan de hand van praktijkvoorbeelden in op de consequenties van de recidiveregeling van artikel 123b WvW 1994 en de samenhang met de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties die aan een onder invloed rijdende bestuurder kunnen worden opgelegd. De fiscale consequenties van strafrechtelijke procedures worden besproken door De Bont en Vissers. Als eerste gaan zij in op het lastige thema inzake de uitwisseling van informatie tussen enerzijds de fiscus en anderzijds de politie en het Openbaar Ministerie. De te bespreken vervolgvraag is die naar het gebruik van strafrechtelijke informatie voor fiscale doeleinden en het gebruik van fiscale informatie voor opsporing en vervolging. Voorts bespreken de auteurs kwesties betreffende ne bis in idem en una via bij een cumulatie van een strafrechtelijke procedure met een fiscale naheffing en beboeting van fiscaal onjuist handelen van een strafrechtelijk veroordeelde. Ten slotte gaan de auteurs in op de fiscale consequenties van oplegging van een ontnemingsmaatregel, met name in relatie tot het vraagstuk van de verrekening van kosten.

Bezem en Thelosen bespreken tot slot de vreemdelingenrechtelijke gevolgen van een strafrechtelijke veroordeling. Zij laten zien dat bij beantwoording van de vraag welke gevolgen een strafrechtelijke veroordeling voor de verblijfstitel of de asielvergunning heeft de zogenoemde glijdende schaal van

3 P. Kruize & P. Gruter, *Eens een dief, altijd een dief? Een verkenning rond het meten van de effectiviteit van de Verklaring Omtrent het Gedrag*, Amsterdam: WODC 2016.

artikel 3.86 Vreemdelingenbesluit van belang is, welke inhoudt dat hoe langer een vreemdeling rechtmatig in Nederland verblijft, hoe groter de inbreuk op de openbare orde als gevolg van het strafbare feit moet zijn om de verblijfsstatus in te trekken. Dit gegeven maakt dat de verblijfsstatus van de vreemdeling ook binnen een strafrechtelijke procedure van belang kan zijn en meer concreet een argument kan vormen in het kader van de straftoemeting. De auteurs – beiden advocaat – stellen vast dat de strafrechter in de praktijk bereid is naar goed onderbouwde, vreemdelingenrechtelijke argumenten te luisteren.

Tezamen illustreren de verschillende bijdragen in deze editie dat de strafrechtspleging – al dan niet uitmondend in strafoplegging – bepaald geen geïsoleerd gebeuren is, maar een veel bredere uitstraling heeft naar tal van maatschappelijke contexten en deelgebieden van het recht. Dit is weliswaar op zichzelf geen nieuws, maar wel een vaststelling die tot voortdurende bezinning noopt, zowel op het meer abstracte niveau van wetgeving en beleid als op het meer concrete niveau van de individuele strafzaak. Waar vanuit het perspectief van de samenleving de verwevenheid van deze verschillende contexten een legitiem doel dient, is het uiteindelijk de individuele veroordeelde of gewezen verdachte die hiervan in concreto de gevolgen ondervindt. Die prijs vindt weliswaar

in veel gevallen zijn grondslag en (tot op zekere hoogte) zijn legitimatie in de strafrechtelijke verwijtbaarheid, dit vormt echter geen vrijbrief tot het ongebreideld in het leven roepen van dergelijke bijkomende gevolgen. In ieder geval dient te worden voorkomen dat degene die eenmaal strafrechtelijk op de korrel is genomen na ommekomst van het strafproces tussen de wal en het schip valt (hetgeen vanzelfsprekend temeer klemmt wanneer de verdenking in een later stadium onterecht bleek te zijn). Dit is uit een oogpunt van resocialisatie niet alleen in het belang van het betrokken individu zelf, maar ook in het belang van de samenleving als geheel. Vanuit dat perspectief mag van wetgever en beleidsmakers worden verwacht dat enkel daar waar dit strikt noodzakelijk is relevantie wordt toegedicht aan het strafrechtelijk verleden van een burger, terwijl van de strafrechter mag worden verwacht dat hij minst genomen goed op de hoogte is van de bijkomende gevolgen van strafoplegging en dit waar mogelijk verdisconteert in zijn strafoplegging, in de wetenschap dat de executie van de straf voor de veroordeelde vaak niet het einde van het verhaal betekent.

32. Wie is er bang voor de prejudiciële procedure?

De prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU geeft elke nationale rechter de bevoegdheid – en de hoogste rechters zelfs de plicht – om vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te stellen over de uitleg en geldigheid van het Europees recht. Het aantal prejudiciële verzoeken stijgt gestaag. Zo werden in 2016 470 verzoeken naar het Luxemburgse hof verstuurd. Een recordcijfer in de geschiedenis van het hof. Het hof omschrijft de procedure als een dialoog tussen rechters. Betrokkenen hebben een gedeelde verantwoordelijkheid om deze tot een succes te maken. Zonder vragen kan het hof zijn taak als hoogste rechter niet waarmaken. De nationale rechter is op zijn beurt afhankelijk van het antwoord van het hof om het nationale geschil op te lossen.

Nederlandse rechters behoren tot de top van vragenstellers binnen de EU. Ondanks een dipje in 2016, zijn ongeveer veertig verzoeken per jaar afkomstig uit Nederland. De grote afwezige is echter de Nederlandse strafrechter. Zijn vragen in de afgelopen jaren zijn zo ongeveer op twee handen te tellen. De vragen die gesteld worden zijn in de meeste gevallen ook nog eens afkomstig van de Internationale Rechtshulpkamer (IRK) van de Rechtbank Amsterdam.

Dat de strafrechter de weg naar Luxemburg niet weet te vinden is opmerkelijk. De EU heeft in de afgelopen jaren op strafrechtelijk terrein immers niet stilgezeten. Een grote hoeveelheid richtlijnen is in Brussel aangenomen. Het is ondenkbaar dat de implementatie van deze richtlijnen en de concrete toepassing ervan niet tot juridische vragen leiden die om opheldering vragen. De strafkamer van de Hoge Raad is ook huiverig vragen te stellen. Er is de zaak *Ouhrami*,¹ maar die vragen zijn eerder van vreemdelingenrechtelijke aard (met een strafrechtelijk tintje) dan een echte strafzaak. Het is gissen naar de redenen waarom de strafrechter, hoog en laag, vragen laat liggen. Misschien is het onwetendheid of alleen koudwatervrees. Misschien biedt het EVRM al de nodige op-

lossingen. Misschien zijn strafadvocaten onvoldoende thuis in het Europees recht om rechters te overtuigen van de noodzaak van prejudiciële vragen. Een veelgehoord geluid is dat voortvarende strafrechtspleging wordt belemmerd als men het hof inschakelt. De zaak bij de verwijzende rechter wordt aangehouden en ook andere, samenhangende zaken gaan op de plank. Deze *spillover*-effecten zijn groter naar mate vragen door hogere rechters worden gesteld.

Maar deze vrees voor ernstige vertraging is niet altijd terecht. Duurt de ‘normale’ procedure gemiddeld 14,7 maanden, in een prejudiciële spoedprocedure (*procédure préjudicielle d’urgence* (PPU)) wijst het hof binnen gemiddeld 2,7 maanden arrest. Deze spoedprocedure is mogelijk wanneer een persoon zich in detentie bevindt en het antwoord van het hof van doorslaggevende betekenis is voor zijn detentie. Ook kan het hof via een versnelde procedure (*procédure préjudicielle accélérée* (PPA)) een zaak behandelen. Een antwoord is dan binnen acht à negen maanden mogelijk. Voor de toekenning ervan kan meespelen dat een antwoord een grote hoeveelheid strafzaken in een lidstaat raakt.²

De Nederlandse strafrechter omarmt nu onvoldoende de mogelijkheid tot het voeren van een dialoog met het hof. De Hoge Raad kan hier het goede voorbeeld geven. Maar mocht onze hoogste nationale rechter volharden in zijn weigerachtigheid, laten lagere rechters dan hun eigen verantwoordelijkheid nemen en zelf vragen stellen. Bijkomend voordeel is dat de *spillover*-effecten kleiner zijn als een vraag eerder aan het hof wordt voorgelegd. Lagere strafrechters moeten dan wel proactief in beweging komen.³ Kortom: beste strafrechter, wie is er bang voor de prejudiciële procedure?

1 HvJ EU 18 mei 2017, zaak C-225/16, ECLI:EU:C:2017:398.

2 Beschikking van 28 februari 2017, zaak C-42/17, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188681&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=232502>.

3 Zie Marc de Werd, lezing ter gelegenheid van het Jaarverslag 2016 van het Hof van Justitie, 16 mei 2017 via <http://europeancourts.blogspot.nl/2017/05/europees-strafrecht-vraagt-om-meer.html>.



33. De rechter als visionair

Door veranderingen in het denken over de doelen van bestraffing en de uitbreiding van het sanctiepakket wordt de strafrechter in toenemende mate geacht de door hem op te leggen sanctie te bepalen aan de hand van risico-inschattingen en toekomstverwachtingen. Hierdoor is de vraag niet alleen welke sanctie de strafrechter moet opleggen om de beoogde doelen te bereiken, maar ook welke invloed mogelijke (ongewenste) neveneffecten op die straf moeten of kunnen hebben. In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij wat dit kan betekenen voor de straftoemetingsbeslissing van de rechter.

De eerste zeven vragen die de rechter op basis van het beslissingsmodel uit de artikelen 348 en 350 Sv moet beantwoorden, hebben betrekking op het vaststellen van gebeurtenissen uit het verleden, hoe deze moeten worden gekwalificeerd en of ze op enigerlei wijze kunnen worden gerechtvaardigd, dan wel verontschuldigd. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat het overgrote deel van het strafproces bestaat uit terugkijken. Dat verandert bij de beantwoording van de laatste vraag uit artikel 350 Sv, de vraag naar de op te leggen sanctie. Bij de beantwoording van deze vraag wordt de blik geleidelijk van het verleden naar de toekomst gericht. Allereerst vindt een normatieve waardering plaats van de ernst van de daad die in het verleden heeft plaatsgevonden. Deze waardebepaling is nodig om het vergeldende deel van de straf te kunnen vaststellen. Daarnaast wordt de mate van schuld vastgesteld, waarbij ook wordt teruggekeken: hoe groot was de verwijtbaarheid van de verdachte ten tijde van het begaan van het delict. In dat opzicht kan in beide gevallen worden gesproken van een retrospectieve benadering. Daarbij wordt het terugkijken gebruikt om de – in mijn ogen maximale – hoogte van de straf vast te stellen. Maar terugkijken en een straf bepalen op basis van het bewezenverklarde feit is niet voldoende. Het bepalen van de straf is ook een kwestie van vooruitkijken, waarbij ook andere met de sanctie te bereiken doeleinden dan vergelding richtinggevend zijn.¹ De doelen van bestraffing zien immers ook op de toekomst: het voorko-

men van herhaling, het weerhouden van de veroordeelde (en anderen) om (nogmaals) de fout in te gaan. Tegenwoordig steevast met de toevoeging ‘om daarmee de samenleving veiliger te maken’. Het toverwoord daarbij lijkt steeds vaker de *persoonsgerichte benadering*.²

Dat klinkt mooi, maar het vraagt nogal wat van de rechter: meer dan ooit wordt van hem verwacht in een glazen bol te kijken en te kunnen voorspellen wat de toekomst zal brengen, zodat hij een sanctie kan componeren die er optimaal aan bijdraagt die toekomst zo mooi mogelijk te maken. Daarbij kan hij eventuele ongewenste neveneffecten van de straf voor de verdachte niet buiten beschouwing laten. Maar de werkelijke (gewenste of ongewenste) nawerking van de straf op de verdachte is ongewis. De rechter wordt geacht deze, als een visionair, te voorspellen en de sanctie te bepalen aan de hand van de verwachtingen die hij over de toekomst heeft. De vraag is dus niet alleen *welke* sanctie moet worden opgelegd om de beoogde doelen te bereiken, maar ook *welke invloed* mogelijke (ongewenste) neveneffecten op die straf moeten of kunnen hebben. In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij wat dit kan betekenen voor de straftoemetingsbeslissing van de rechter.

1 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 233.

2 Een belangrijk voorbeeld hiervan is de ratio achter de Wet voorwaardelijke sancties, Wet van 17 november 2011, Stb. 2011, 545, Kamerstukken 32319. Zie ook *Visie op strafrechtelijke sanctietoepassing. Versterken van samenhang, betrokkenheid en vertrouwen*, RSJ; advies van 12 oktober 2016.

De veranderende rol van het strafrecht

Het behoeft geen betoog dat de doelen waarvoor het strafrecht wordt ingezet voortdurend aan verandering onderhevig zijn. Hoewel een straf doorgaans meer dan één doel beoogt te bereiken, kunnen wel trends worden onderscheiden in doelen waarop binnen het strafrecht – en met name bij de sanctionering – in een bepaalde periode de nadruk wordt gelegd. Deze veranderingen houden vaak verband met de ideeën over de oorzaken van strafbaar gedrag.³ Zo gold in de jaren zeventig van de vorige eeuw als algemeen uitgangspunt dat mensen zich schuldig maakten aan strafbaar gedrag vanwege de sociale problemen waarmee zij te maken hadden: onvoldoende scholing, geen werk en slechte huisvesting. Het belangrijkste doel van straffen werd het oplossen van die problemen. Niet door mensen alleen maar op te sluiten, maar door hen te helpen deze problemen het hoofd te bieden. Investeren in het verbeteren van de sociale omstandigheden en educatie waren de sleutelwoorden, resocialisatie het hoofddoel van sanctionering. In de jaren tachtig en negentig veranderde het idee over oorzaken van strafbaar gedrag. In de samenleving werden niet langer sociale problemen gezien als hoofdoorzaak van crimineel gedrag; steeds meer werd ‘individuele verantwoordelijkheid’ genoemd als basis voor bestraffing. Een dader werd zelf verantwoordelijk geacht voor zijn handelen, de beslissing om zich al dan niet aan de wet te houden maakte hij zelf. Het begaan van een strafbaar feit werd gezien als een keuze en eenieder die die (verkeerde) keuze maakte, zou de consequenties daarvan moeten ondervinden. Hierdoor veranderde het idee over het hoofddoel van straffen van primair gericht op resocialisatie naar met name gericht op vergelding, als een manier om overtreders de consequenties van hun keuze te laten voelen en hen zelf verantwoordelijk te maken voor hun handelen. ‘If you do the crime, you will do the time.’ Het gevolg was dat wereldwijd het aantal lange gevangenisstraffen schrikbarend toenam, met overvolle gevangenissen tot gevolg. Het resultaat van deze manier van denken en bestraffen is nog steeds terug te zien in het probleem van de massale opsluitingen in de Verenigde Staten.⁴

Inmiddels is het maatschappelijke idee over de oorzaak van crimineel gedrag weer veranderd. Wereldwijd wordt het strafrecht steeds meer gezien als instrument om het streven naar een veilige samenleving vorm te geven.⁵ Om veilig te zijn, om geen last te hebben van mensen die net een beetje anders

zijn, die niet passen binnen de regels van de moderne samenleving en die ons een onveilig gevoel geven – de daklozen, de verslaafden, de verwarde personen – worden deze mensen opgesloten in het strafrechtelijk systeem, in de gevangenis of in instellingen voor stelselmatige daders. Bestrafing wordt gebruikt om risico’s op onheil zo klein mogelijk te maken. Dit heeft twee belangrijke ontwikkelingen tot gevolg gehad. Ten eerste is de populatie van mensen die met het strafrecht in aanraking komen veranderd van samenstelling en daarmee complexer geworden. Het aantal mensen met een (licht) verstandelijke beperking is toegenomen, net als het aantal mensen met psychische of psychiatrische problemen.⁶ Ten tweede heeft dit, in combinatie met de wens om sanctionering te gebruiken om het risico op herhaling te minimaliseren om daarmee de samenleving veiliger te maken, geleid tot verandering van het sanctiepakket. De rechter wordt geacht maatwerk te leveren, waarbij wederom de behoeften van de verdachte en zijn behandeling centraal staan. Maar anders dan in de jaren zeventig wordt dit uitdrukkelijk niet ingegeven door sociale overwegingen, waarbij wordt gekeken naar wat de veroordeelde zelf nodig heeft, maar door risico-inschatting, waarbij wordt gekeken welke interventie nodig is om de kans op herhaling te minimaliseren. Het bepalen van de straf vereist dus een inschatting van het risico op herhaling en daarmee een voorspelling van de toekomst van de verdachte, hoe hij zich daarin zal ontwikkelen en welke (ongewenste) neveneffecten de sanctie zal blijken te hebben. En juist vanwege de complexe samenstelling van de groep mensen die in het strafrecht verzeild raken, is dit niet eenvoudig.

Straffen op maat door uitbreiding van het sanctiepakket

Wie het oorspronkelijke sanctiepakket uit het Wetboek van Strafrecht van 1886 legt naast het huidige wetboek zal direct opmerken dat het sanctiearsenaal sindsdien de nodige veranderingen heeft ondergaan. Daarbij zijn de invoering van de mogelijkheid om een straf voorwaardelijk op te leggen in 1915 en invoering van de tbr (thans tbs)-maatregel in 1928 belangrijke hoogtepunten. Maar in het licht van deze bijdrage zijn vooral de veranderingen belangrijk die in 2001 zijn ingezet met de invoering van de taakstraf als zelfstandige hoofdstraf en de invoering van de maatregel Strafrechtelijke Opvang van Verslaafden (SOV, sinds 2004 opname in een Inrichting voor Stelselmatige Daders, ISD). Daarna volgden

3 J. Kilgore, *Understanding mass incarceration*, New York/Londen: The New Press 2015, p. 22-23.

4 Kilgore, *a.w.*

5 M.J. Borghers, *De vlucht naar voren* (oratie VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 8-12.

6 Volgens DJI bestaat de gevangenispopulatie in 2016 ongeveer voor 30% uit mensen met een (licht) verstandelijke beperking, kampt 60% met een verslaving en heeft 60% van de gedetineerden een psychische stoornis. Zie www.dji.nl.

het voorwaardelijk maken van de vervroegde invrijheidstelling in 2008 en de aanpassing van de voorwaardelijke veroordeling en de invoering van de rechterlijke vrijheidsbeperkende maatregel in 2012. Deze reeks zal hoogstwaarschijnlijk op niet al te lange termijn worden voortgezet met de invoering van de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel. Bijna zonder uitzondering blijkt de reden om een nieuwe sanctie in te voeren te zijn ingegeven door de wens van de wetgever om de rechter in staat te stellen een sanctie op maat te bepalen, waarbij de persoon van de verdachte centraal staat en waarbij voldoende alternatieven worden geboden voor de korte vrijheidsstraf.⁷ Dit uitgebreide sanctiepakket en de mogelijkheid om verschillende sancties met elkaar te combineren, stellen de rechter in staat een sanctie te componeren, die aansluit bij de persoon van de dader en zijn risicoprofiel. Gezien de inhoud van de sancties durf ik te stellen dat deze compositie, die in niets meer lijkt op de eenvoudige straffen die werden opgelegd in 1886, steeds meer gaat lijken op een interventie- of behandelplan, dat wordt gedomineerd, of ten minste beïnvloed, door inschattingen van de rechter over toekomstige gebeurtenissen. Met de uitbreiding van het sanctiestelsel legt de wetgever meer en meer druk op de rechter om 'voorspellend te straffen', om met de straf te anticiperen op de toekomst. De mogelijkheden om de ultieme persoonsgerichte straf samen te stellen zijn er, dus een rechter moet van goeden huize komen wil hij daaraan voorbijgaan. Hoe de rechter hier in de praktijk mee omgaat, is op basis van de beschikbare gegevens hierover vooralsnog moeilijk vast te stellen. Het is desalniettemin mogelijk om iets nader in te gaan op de vraag wat dit betekent voor de straftoemingsvraag in het algemeen. Daartoe zal ik hierna kort ingaan op de vraag welke factoren van belang zijn bij het maken van een risico-inschatting en wat de betekenis is van de vraag op welk moment de inschatting moet worden gemaakt.

Verschillende typen risico-inschatting

Bij het inschatten van het risico zal doorgaans allereerst worden gedacht aan het inschatten van de kans op herhaling. Daartoe zijn inmiddels diverse instrumenten ontwikkeld die op verschillende momenten in de strafprocedure kunnen worden ingezet.⁸ Deze instrumenten worden ontwikkeld en

gebruikt door gedragsdeskundigen, die op basis daarvan een gericht (straf)advies aan de rechter kunnen geven. Of deze op basis van het advies een juiste inschatting van de kans op recidive kan maken, zal afhangen van de kwaliteit van het instrument en de gebruikte gegevens, de kwaliteit van de gedragsdeskundige bij het gebruik van het instrument en bij het opstellen van het advies, maar ook van de vaardigheden van de gedragsdeskundige en de rechter om elkaar te (willen) begrijpen. Juist omdat het advies veelal op papier wordt gegeven en een mondelinge toelichting in veel zaken achterwege blijft, is er een reëel gevaar dat belangrijke informatie door de rechter niet op de juiste manier wordt geïnterpreteerd. Gedragsdeskundigen en juristen spreken verschillende talen en juist op dit punt raakt waardevolle informatie *lost in translation*. Daarnaast blijft het een gegeven dat deze instrumenten een zo secuur mogelijke inschatting maken van de kans op herhaling – en dus een risico voor de veiligheid van de samenleving – maar dat het uiteraard altijd een *inschatting* blijft. Wat dat betekent voor de sanctiebepaling blijft ter beoordeling aan de rechter en hij zal dit type risico-inschatting vermoedelijk vooral gebruiken bij de beslissing om al dan niet een vrijheidsbenemende sanctie op te leggen.

Een inschatting die voor wat betreft het type risico-inschatting hier enigszins op lijkt, is de inschatting welke (on)gewenste neveneffecten oplegging van de sanctie zal hebben voor de verdachte. Daarbij kan worden gedacht aan het verlies van een woning, een baan,⁹ contacten met de familie enzovoort. Deze (mogelijke) gevolgen kunnen reden zijn om van een bepaalde (vrijheidsbenemende) sanctie af te zien en juist te kiezen voor een (deels) voorwaardelijke sanctie. Daarbij kan worden gekozen voor het opleggen van bijzondere voorwaarden om gewenste effecten te bereiken, zoals een behandeling in de geestelijke gezondheids- of verslavingszorg of het voorkomen dat iemand ergens komt door het opleggen van een gebiedsverbod. Ook bij dit type risico-inschatting is de toekomst ongewis. Maar de rechter heeft een sterke troef in handen: de gevangenisstraf als stok achter de deur bij het overtreden van de voorwaarden. Daarmee kan het risico dat de veroordeelde zich niet aan de voorwaarden houdt mogelijk worden verkleind, waarmee het algehele risico op ongewenst gedrag wordt verminderd en de gewenste toekomst werkelijkheid wordt.

Een ander type risico-inschatting vindt plaats als het gaat om gebeurtenissen waarvan het vrij zeker is dat ze zich zullen voordoen, maar waarbij het een ander dan de strafrechter is die daarin beslist. Het strafrecht is steeds minder te beschouwen als een opzichzelfstaand rechtsgebied. Op tal van punten

7 Zie *Kamerstukken II*, 26114, 3 p. 1-2 (t.a.v. de taakstraf); *Kamerstukken II*, 26023, 3 p. 1-5 (t.a.v. de ISD-maatregel); *Kamerstukken II*, 30513, 3, p. 9-13 (t.a.v. de VI); *Kamerstukken II*, 32319, 3, p. 1-2 (t.a.v. voorwaardelijke sancties); *Kamerstukken II*, 32551, 3, p. 1-2 (t.a.v. de rechterlijke vrijheidsbeperkende maatregel) en *Kamerstukken II*, 33816, 3, p. 1-2 (t.a.v. de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel).

8 Zie hierover L.M. Moerings & S.G.C. van Wingerden, 'Risico-instrumenten en de rechter', *Proces* 2007, p. 231-238.

9 Zie hierover de bijdrage van J. van Drongelen en E.C.M. Dekkers in dit nummer van *Strafblad*.

laten vooral het strafrecht en het bestuursrecht overlap zien, zo ook op het punt van de sanctionering. Dit werkt op twee manieren door in de straftoematingsbeslissing. Ten eerste moet de rechter in een aantal gevallen erop bedacht zijn dat dubbele bestraffing op de loer ligt, bijvoorbeeld in die gevallen waarin in het kader van een (fiscale) bestuursrechtelijke procedure reeds een sanctie is opgelegd.¹⁰ Dit zal dankzij de una via-regeling doorgaans niet tot ingewikkelde beslissingen leiden: als de zaak al bij de strafrechter komt, zal in veel gevallen de zaak reeds stranden bij de vraag over de ontvankelijkheid van de officier van justitie. In die gevallen komt de rechter niet toe aan een strafoplegging. Dat dat niet altijd het geval hoeft te zijn, blijkt uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 4 december 2012,¹¹ waarin het hof tot het oordeel kwam dat er naast de strafrechtelijke veroordeling inclusief oplegging van een straf ook ruimte is voor een fiscale (vergrijp)boete.¹²

Maar ook op een andere manier krijgt de strafopleggende rechter te maken met de vraag in hoeverre hij rekening moet (of wil) houden met mogelijke gevolgen van een strafoplegging ten aanzien van een andere (doorgaans bestuursrechtelijke) procedure. Bekend is de discussie over de vraag in hoeverre de strafrechter zich in zijn vonnis moet uitlaten over de gevolgen van de veroordeling bij het aanvragen van een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG).¹³ De beslissing over het al dan niet afgeven van een dergelijke verklaring ligt in handen van een bestuursorgaan – of uiteindelijk de bestuursrechter. Het zal voor de strafopleggende rechter niet eenvoudig zijn om in te schatten hoe bij de beslissing over het al dan niet afgeven van een VOG zijn eigen beslissing over het opleggen van een straf zal doorwerken. Eenzelfde vraagstuk doet zich voor bij een verdachte die in de procedure zit tot het verkrijgen van een verblijfsvergunning.¹⁴ De keuze voor een vrijheidsbenemende straf kan in een dergelijke procedure grote – nadelige – gevolgen hebben. Overigens kan bij dit type risico-inschatting onderscheid worden gemaakt tussen procedures waarin veel discretionaire ruimte is voor het bestuursorgaan dat de beslissing neemt (zoals in het geval van de VOG) en waar deze ruimte nagenoeg ontbreekt (zoals in het geval van de IND). De beslissingen zijn in het laatste geval beter te voorspellen, wat het voor de strafrechter mogelijk iets eenvoudiger maakt de gevolgen van zijn keuze voor een

bepaalde sanctie te voorzien. Daarbij blijft het uiteraard de vraag óf de strafrechter rekening moet houden met de vraag in hoeverre het gegeven dat de verdachte mag profiteren van het feit dat hij (nog) geen permanente verblijfsvergunning heeft.¹⁵ Krijgt hij vanwege deze persoonlijke omstandigheid en de verstrekkende gevolgen bij oplegging van een vrijheidsbenemende sanctie mogelijk eerder een taakstraf? Of geldt het tegenovergestelde en moet met deze factor juist geen rekening worden gehouden, aangezien van iemand die een permanente verblijfsvergunning probeert te verkrijgen mag worden verwacht dat hij zich extra goed gedraagt?

Het moment van risico-inschatting

Naast de verschillende soorten risico-inschatting die kunnen worden onderscheiden, kan het oordeel van de rechter over de geëigende sanctie ook worden beïnvloed door het moment waarop die beslissing wordt genomen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen het moment in de procedure (eerste aanleg of hoger beroep) en de sanctie die is of wordt opgelegd. Voor wat betreft de procedure kan worden gesteld dat de strafrechter die in hoger beroep de straf moet bepalen doorgaans zal worden geholpen door het tijdsverloop tussen de behandeling van een zaak in eerste en tweede aanleg. In die periode kan duidelijk worden hoe de verdachte zich heeft ontwikkeld (of juist niet), of hij, al dan niet vrijwillig, zich heeft ingespannen om bijvoorbeeld behandeld te worden en wat eventuele gevolgen zijn van een reeds ondergane voorlopige hechtenis. Dit maakt de risico-inschatting voor de hogerberoepsrechter mogelijk iets gemakkelijker, waarmee niet is gezegd dat de strafoplegging als zodanig eenvoudiger is. Voor wat betreft de sanctie die wordt opgelegd geldt dat bij bepaalde sancties ten tijde van het moment van oplegging een inschatting van een risico – en op basis daarvan de toepassing of invulling van de sanctie – nog niet direct aan de orde is. Een rechter die een geheel onvoorwaardelijke straf oplegt, weet grosso modo hoe de tenuitvoerlegging van die straf eruitziet en hoelang deze zal duren. Bij een deels voorwaardelijke straf wordt dat al ingewikkelder: de rechter moet vooruitzien en bij het doen van zijn uitspraak reeds aangeven welke voorwaarden zullen gelden, na afloop van het onvoorwaardelijke deel. Hij moet als het ware in tijd ‘over’ het onvoorwaardelijke deel heen beslissen. Dat ligt anders bij bijvoorbeeld de voorwaardelijke invrijheidstelling (VI), de tbs en – in de toekomst – de gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel.¹⁶ Hiervan ligt op het moment van op-

10 Zie hierover de bijdrage van G.J.M.E. de Bont en A.B. Vissers in dit nummer van *Strafblad*.

11 Hof Arnhem 4 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY8176.

12 Vergelijk in dit opzicht ook de problematiek rondom het alcoholslot.

13 Zie hierover de bijdrage van E. Kurtovic en M. Boone in dit nummer van *Strafblad*.

14 Zie hierover de bijdrage van E. Bezem en S. Thelosen in dit nummer van *Strafblad*.

15 Zie hierover P.M. Schuyt, ‘De VOG als strafbeïnvloedende omstandigheid – of niet’, *Trema* 2014, nr. 4, p. 10-15.

16 Zie hierover de bijdrage van D. Broux in dit nummer van *Strafblad*.

legging vast dat op een later moment de beslissing zal worden genomen óf ze doorgang vinden en onder welke voorwaarden (VI), respectievelijk beëindigd (tbs) en daadwerkelijk geëxecuteerd (gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel) worden. De rechter die de sanctie oplegt, weet dat pas op een later moment zal worden beoordeeld hoe met de (beëindiging) van een sanctie moet worden omgegaan en onder welke voorwaarden. Het is enigszins onvoorspelbaar hoe de strafopleggende rechter daarmee omgaat. Het is voorstelbaar dat een rechter in ieder geval met een gerust hart een onvoorwaardelijke gevangenisstraf, een tbs-maatregel en/of (in de toekomst) een gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel oplegt, in de wetenschap dat op het moment dat het opportuun is een separate beslissing wordt genomen over de daadwerkelijke uitvoering en/of wijze van beëindiging daarvan, op basis van de persoonlijke situatie van de veroordeelde *op dat moment*.

Tot slot

De veranderingen die hebben plaatsgevonden in de verwachtingen ten aanzien van de rol van het strafrecht in een samenleving die naar risicoloze veiligheid streeft en de samenstelling van de groep mensen die in het strafrecht verzeild raken, hebben geleid tot een uitgebreid sanctiepakket dat de rechter in staat stelt een sanctie op maat samen te stellen ten behoeve van een persoonsgerichte aanpak. Het is belangrijk te constateren dat hij daarbij geconfronteerd wordt met een bijna onmogelijke opdracht om bij het bepalen van de sanctie de uitwerking van die sanctie te voorspellen. Met deze ontwikkelingen lijkt de straftoematingsbeslissing van karakter te veranderen, er ontstaat een vorm van *predictive sentencing*. Maar deze ontwikkelingen hebben mogelijk een bredere doorwerking. Daarom wordt aan het einde van deze bijdrage stilgestaan bij een aantal klassieke noties uit het sanctierecht en de vraag wat deze ontwikkelingen daarvoor betekenen.

Proportionaliteit

Een belangrijk uitgangspunt bij het bepalen van de sanctie is dat deze proportioneel moet zijn. Om de proportionaliteit te bepalen wordt in de eerste plaats teruggekeken, door aan de hand van de ernst van het strafbare feit dat is gepleegd, de persoon van de dader en de omstandigheden waaronder het feit is begaan het sanctieplafond vast te stellen. Dit geldt in ieder geval voor het bepalen van een straf, maar ook bij het opleggen van een maatregel, zij het in mindere mate. Met het verleggen van het perspectief van een vergeldende aanpak van het feit naar een meer persoonsgerichte bestraffing kan het uitgangspunt van proportioneel straffen onder druk komen te staan. Door de persoon van de dader als belangrijkste

maatvoering te nemen, komt de rechter wellicht eerder uit op een korte vrijheidsbenemende straf (mogelijk gelijk aan de duur van de voorlopige hechtenis), gecombineerd met een voorwaardelijk deel. Met gebruikmaking van de bijzondere voorwaarden kan hij dan een straf of maat componeren die recht doet aan hetgeen nodig is om de veroordeelde uit de criminaliteit te halen en te houden. Dit kan schuren met de eis van proportioneel straffen. Hoewel een (deels) voorwaardelijke vrijheidsbenemende straf gevoelsmatig lichter lijkt te zijn dan een geheel onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, kunnen de voorwaarden – in hun veelheid en/of in hun impact op iemands leven – uiteindelijk verworpen tot een giftige cocktail, die een normaal leven onmogelijk maken door alle eisen die aan de veroordeelde worden gesteld en al het toezicht dat daarop wordt gehouden. De proportionaliteit ten opzichte van het feit dat is begaan kan dan in gevaar komen. Juist in gevallen waarin sprake is van meerdere problemen (verslaving, psychische problemen, schulden enzovoort) zullen verschillende interventies nodig zijn, die bij elkaar een zwaar pakket kunnen vormen, terwijl het juist bij een grote groep verdachten niet zelden om relatief lichte delicten zal gaan. Is het dan de rechter die de proportionaliteit moet bewaken? En zo ja, is hij voldoende in staat om de zwaarte van met name bijzondere voorwaarden in te schatten, wetende dat vaak pas bij de tenuitvoerlegging van de voorwaarden de daadwerkelijke impact van de voorwaarden op iemands leven kan worden vastgesteld? Iets soortgelijks speelt bij de vraag hoe wordt omgegaan met het niet voldoen aan de voorwaarden of een opgelegde taakstraf. Op basis van het vonnis zal in beide gevallen een procedure tot tenuitvoerlegging respectievelijk een omzetting tot vervangende hechtenis kunnen plaatsvinden. Bij die procedure zijn verschillende instanties betrokken, zoals de reclassering, het openbaar ministerie en de rechter. Iedere instantie heeft de nodige ruimte om te beoordelen of een voorwaarde inderdaad is overtreden en of de taakstraf ‘niet naar behoren is uitgevoerd’. Wie waarborgt dat de uitkomst van (het in werking zetten van de procedure tot) de beslissing over tenuitvoerlegging of omzetting proportioneel is ten opzichte van de overtreding respectievelijk de reden om het verrichten van de taakstraf te beoordelen als ‘niet naar behoren uitgevoerd’? Met de op maat gesneden straffen, worden ook vragen ten aanzien van deze vorm van proportionaliteit opportuun.

Straf of maatregel

In vervolg op deze signalering zou kunnen worden verdedigd dat met name in geval van sanctionering die wordt gecomponeerd rondom een verdachte, het onderscheid tussen straf en maatregel steeds minder duidelijk wordt. De bijzondere voorwaarden, opgelegd ten behoeve van een persoonsgerichte

benadering van de veroordeelde, voorzien met name in een behoefte van de veroordeelde, teneinde criminogene factoren weg te nemen. In die zin krijgen deze straffen meer en meer het karakter van een maatregel. Ook het doel, namelijk het verhogen van de veiligheid van de samenleving, past veeleer bij de maatregel dan bij een straf. Trekken we deze redenering door, dan kun je stellen dat proportionaliteit een minder belangrijke rol speelt en dat de sanctie *an sich* meer moet worden gezien als een behandelplan, zoals we dat kennen uit de maatregelensfeer, dan als een leedtoevoegende straf. Het is dan echter wel belangrijk dat de rechter dan erkent dat de sanctie meer ziet op *behandeling* dan op *vergelding*. Ook wordt het nog belangrijker om beter zicht te krijgen op de werkelijke impact van het opleggen van een combinatie van bijzondere voorwaarden op iemands leven, in welke gevallen en omstandigheden het niet lukt de voorwaarden na te leven en wat uiteindelijk doorslaggevend is voor de beslissing om bij het overtreden van de voorwaarden tot een procedure over te gaan om de voorwaardelijke sanctie alsnog ten uitvoer te leggen. Op dit moment is de wens van de wetgever om te sanctioneren met de persoonsgerichte aanpak als middelpuntvliedende kracht duidelijk, maar onduidelijk is hoe en in welke mate de Nederlandse rechter daar werkelijk uitvoering aan geeft. Daarbij moet niet worden vergeten dat de rechter bij het bepalen van de sanctie niet alleen naar de persoon van de verdachte kan kijken, maar ook – en in steeds sterkere mate – rekening moet houden met de samenleving in het algemeen en het eventuele slachtoffer in het bijzonder. Interventies die zijn gericht op de ontwikkeling van de verdachte, zijn lang niet altijd in het belang van de (gevoelens van) veiligheid binnen de samenleving. Dit wordt soms pijnlijk duidelijk als de discussie oplaait bij het verlenen van verlof in het kader van een tbs-maatregel, de VI of een lange gevangenisstraf. Of bij de keuze van een vrijheidsbeperkende sanctie in plaats van een vrijheidsbenemende.

De rol van de strafopleggende rechter

Zoals gezegd is het strafrecht vooral ingericht om terug te kijken naar één daad die is gepleegd door een dader op een bepaald moment. Die retrospectieve, geïsoleerde blik ten aanzien van één verkeerd moment in het leven van de verdachte verhoudt zich slecht tot de wens tot een persoonsgerichte benadering, de wens om de sanctionering van de dader vooral te baseren op de noden en behoeften van de dader, teneinde de samenleving veiliger te maken. Bij bestraffing met dit als primair doel kan de rechter niet langer de problemen die mede ten grondslag liggen aan de criminele activiteiten van een dader negeren: hij zal naar de dader moeten kijken als onderdeel van een groter geheel, mogelijk met een gezin, werk, een huis. Hij zal de strafbare handeling in die lijn

moeten beoordelen, als onderdeel van een leven en niet als een opzichzelfstaande gebeurtenis. Hij zal dan in veel gevallen moeten constateren dat het gaat om mensen die eigenlijk helemaal niet thuishoren in het strafrecht. Dit maakt het nog moeilijker om de toch al complexe straftoematingsbeslissing te nemen. Aan de ene kant vraagt de samenleving om strenge straffen, om vrijheidsbenemende sancties in het kader van de veiligheid, aan de andere kant hebben de rechters in steeds grotere mate te maken met een nieuwe, kwetsbare groep verdachten, die om andersoortige interventies vraagt.

De wens om steeds persoonsgerichter te straffen deel ik, omdat het uiteindelijk betere resultaten zal opleveren dan ‘kaal opsluiten’. Maar daarbij moet steeds voldoende oog blijven voor de hiervoor beschreven aandachtspunten. Je zou kunnen betogen dat dit wel erg veel vraagt van het voorspellend vermogen van de rechter en voor een andere oplossing kunnen kiezen. Veel interventies die nu via bijzondere voorwaarden en vrijheidsbeperkende straffen en maatregelen worden opgelegd zouden ook in het kader van een gedifferentieerde tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende sanctie kunnen worden opgelegd. De wil van de wetgever tot persoonsgerichte benadering in de sanctietoepassing kan dan wellicht eenvoudiger tot stand komen, zeker als bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering de verantwoordelijkheid van de tenuitvoerlegging van de straf wordt overgedragen op de Minister van Veiligheid en Justitie. Het is echter de vraag of deze bewindspersoon, opererend in de kortetermijntoekomst van de politiek, ook op langere termijn, op dezelfde wijze als de magistratelijke strafopleggende rechter, in staat is een verantwoorde afweging te maken tussen de noden van een veilige samenleving en de noden van de veroordeelden om daarin (weer) een volwaardige plek zonder strafbaar gedrag te kunnen verwerven.

In het verleden behaalde resultaten bieden geen garanties voor de toekomst. En vanuit het perspectief van de strafopleggende rechter is dat soms maar goed ook. Als visionair wordt hij geacht een sanctie te componeren die de veroordeelde weerhoudt zijn resultaten uit het verleden voort te zetten in de toekomst. Garanties worden daarvoor niet gegeven, hoe graag de huidige veiligheidssamenleving dat ook zou willen.

**Mr. C.H. Heijink en mr. drs. J. Hoekman**

Heijink is regiesecretaris bij de CVvi. Hoekman is advocaat-generaal en hoofd van de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling (CVvi) bij het Openbaar Ministerie.

34. Voorwaardelijke invrijheidstelling: één been in de cel, één been in de samenleving

In dit artikel wordt de geschiedenis van de huidige regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling onder de loep genomen en wordt er ingegaan op het doel van deze regeling. Aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden wordt aangetoond op welke wijze de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling van het OM met deze regeling omgaat.

1 Inleiding

De voorwaardelijke invrijheidstelling (vi) staat in het brandpunt van de belangstelling en is in de loop der jaren nooit een rustig bezit geweest. Oorspronkelijk was er sprake van een voorwaardelijke invrijheidstelling, die in 1987 werd vervangen door een vervroegde invrijheidstelling. Maar in 2008 keerde de voorwaardelijke invrijheidstelling terug en toen werd ook de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling (CVvi) bij het OM opgericht. De CVvi is verantwoordelijk voor besluiten over de vi en voor het toezicht daarop. Maatschappijbeveiliging staat daarbij voorop: er worden waar mogelijk maatregelen getroffen om het herhalingsgevaar in te perken. Zo bezien staat de voorwaardelijk in vrijheid gestelde met één been in de samenleving en met het andere nog in de cel. Geheel zoals het de wetgever voor ogen staat.

In dit artikel wordt de geschiedenis van de huidige regeling van de vi onder de loep genomen en vervolgens ingegaan op het doel en de wettelijke regeling van de vi en de rol van de CVvi daarin. Duidelijk gemaakt zal worden dat de vi moet worden gezien als voorzetting van de straf in relatieve vrijheid, wat met zich brengt dat de veroordeelde zich aan de gestelde voorwaarden heeft te houden, omdat hij anders het restant van de straf moet uitzitten. Deze systematiek past in een tijdgeest waarin de veiligheid van de maatschappij eerst en vooral gediend moet worden.

In 2005 krijgt de huidige regeling van de vi vorm, als wetsvoorstel 30513 het licht ziet. Dat voorstel strekt tot herziening van de regeling van de vervroegde invrijheidstelling, die wordt omgevormd tot een voorwaardelijke invrijheidstelling. Het wetsvoorstel wordt door de Tweede Kamer algemeen positief ontvangen. Het CDA ziet het voorstel 'als een breuk met de in hun ogen onwenselijke regel dat een opgelegde vrijheidsstraf na tweederde van de tijd zonder meer eindigt'. 'Straf is straf en eerder vrijkomen wordt terecht aan voorwaarden verbonden', aldus de PvdA. De VVD is 'verheugd dat wordt afgestapt van het automatisme van vervroegde invrijheidstelling' en de SGP merkt fijntjes op dat zij destijds al tegen het wetsvoorstel tot invoering van de vervroegde invrijheidstelling was gekant.¹

Want de vi was in 2005 niet iets volslagen nieuws. Gedurende ruim honderd jaar, vanaf de invoering ervan, kende het Wetboek van Strafrecht een regeling waarbij veroordeelden na ommekomst van een deel van hun straf onder voorwaarden in vrijheid werden gesteld. Pas in 1987 werd die regeling vervangen door de vervroegde invrijheidstelling.

¹ Kamerstukken II 2005/06, 30153, 5, p. 1-3.

2 Van voorwaardelijk naar vervroegd en weer terug

In 1886 werd in het Wetboek van Strafrecht de bepaling opgenomen dat een veroordeelde die een vrijheidsstraf van ten minste drie jaar opgelegd had gekregen en daarvan driekwart had uitgezeten onder voorwaarden in vrijheid kon worden gesteld. Een kleine dertig jaar later werd de regeling van toepassing op straffen vanaf negen maanden en kon de veroordeelde die daarvan twee derde had ondergaan voorwaardelijk in vrijheid worden gesteld. Vanaf de invoering van de *vi* nam het aantal verdachten dat inderdaad onder voorwaarden eerder vrij kwam gestaag toe, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis. In de jaren vijftig gold dat voor ruim de helft van de gevallen, in 1970 bedroeg het percentage zelfs 90. In 1976 werd in de wet de mogelijkheid opgenomen om tegen de beslissing tot weigering, schorsing of herroeping van de invrijheidstelling in beroep te gaan bij de penitentiaire kamer van het Hof Arnhem. De jurisprudentie van dat hof maakte vervolgens dat de invrijheidstelling nog slechts bij hoge uitzondering kon worden geweigerd.² In het wetsvoorstel uit 2005 constateert de regering dan ook:

'(...) de voorwaardelijke invrijheidstelling was feitelijk van een gunst veranderd in een recht van de gedetineerde.'

Daar kwam bij dat de Reclassering de toezichthoudende taak niet vond passen bij de vertrouwensrelatie met de veroordeelde en het Openbaar Ministerie (OM) nauwelijks prioriteit toekende aan het herroepen in geval van overtreding van de voorwaarden.

Voor de wetgever was dit aanleiding de wet in overeenstemming te brengen met de praktijk en zo werd in 1987 de vervroegde invrijheidstelling ingevoerd.³ Dat ging niet zonder slag of stoot – de stemverhouding in de Eerste Kamer was 31 voor, 30 tegen – en de vervroegde invrijheidstelling is ook na de invoering nooit een rustig bezit geweest. In 1992 wordt in de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin werd gepleit voor herziening van de regeling.⁴ Een jaar later geven de Minister en Staatssecretaris van Justitie aan te overwegen het automatisme 'ja, tenzij' voor bepaalde groepen gedetineerden te vervangen door 'nee, tenzij'.⁵ In 1994 wordt, naar aanleiding van een aantal zeer gewelddadige ontvluchtelingen of pogingen daartoe, onttrekking aan de vrijheidsstraf als grond voor het uitstellen of achterwege blijven van de ver-

vroegde invrijheidstelling in de wet opgenomen.⁶ Weer drie jaar later zegt de minister toe met een beleidsnota te komen waarin aandacht wordt besteed aan de vervroegde invrijheidstelling.⁷ Deze nota, *Sancties in perspectief*, verschijnt in 2000⁸ en propageert de hernieuwde invoering van de voorwaardelijke invrijheidstelling. Ter uitwerking daarvan worden twee commissies in het leven geroepen: de Commissie Herziening vervroegde invrijheidstelling (de commissie-Vegter) en de Commissie Vrijheidsbeperking (de commissie-Otte). Hun rapporten uit 2002 en 2003⁹ zijn de voedingsbodem voor het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de wijziging van de vervroegde invrijheidstelling in een voorwaardelijke invrijheidstelling. Dit voorstel wordt in 2008 wet. De vervroegde invrijheidstelling is daarmee een kort leven beschoren geweest.

3 Doel van de voorwaardelijke invrijheidstelling

De wetgever heeft met de herinvoering van de *vi* beoogd een bijdrage te leveren aan de vergroting van de maatschappelijke veiligheid, mede door het beperken van de kans op recidive doordat de veroordeelde onder toezicht van justitie staat.¹⁰

*'De regering wil thans de vervroegde invrijheidstelling haar betekenis als instrument ter bescherming van de samenleving en het voorkomen van recidive teruggeven. Door de vervroegde invrijheidstelling weer voorwaardelijk te maken kan de terugkeer in de samenleving meer gecontroleerd plaatsvinden en kunnen risico's die soms aan invrijheidstelling kleven, beter worden teruggedrongen.'*¹¹

De hoofdlijnen van de nieuwe regeling zijn dat *vi* van toepassing is op straffen van meer dan een jaar, niet van toepassing is op deels voorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraffen, plaatsvindt na ommekomst van twee derde van de straf,¹² altijd geschiedt onder de algemene voorwaarde dat de veroordeelde

2 Kamerstukken II 2005/06, 30153, 3, p. 4.

3 Wet van 26 november 1986, Stb. 1986, 593.

4 Kamerstukken II 1991/92, 22536, 2.

5 Kamerstukken II 1993/94, 22999, 11, p. 8.

6 Wet van 4 februari 1994, Stb. 1994, 82.

7 Kamerstukken I 1997/98, 24263, 62f.

8 Kamerstukken II 2000/01, 27419, 1.

9 Rapport van de Commissie Herziening vervroegde invrijheidstelling, *Voorwaarden voor een veilige terugkeer*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002 en Rapport van de Commissie Vrijheidsbeperking, *Vrijheidsbeperking door voorwaarden. De voorwaardelijke veroordeling en haar samenhang met de taakstraf, de voorlopige hechtenis en de voorwaardelijke invrijheidstelling*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2003.

10 Kamerstukken II 2005/06, 30153, 3, p. 1.

11 Kamerstukken II 2005/06, 30153, 3, p. 5.

12 Nauwkeuriger: voor straffen tussen één en twee jaar geldt dat de invrijheidstelling plaatsvindt indien de veroordeelde een jaar en een derde van het restant boven een jaar heeft ondergaan.

geen strafbare feiten begaat en zo nodig ook onder bijzondere voorwaarden. De proeftijd is gelijk aan de periode waarover de invrijheidstelling wordt verleend, maar bedraagt voor de algemene voorwaarde ten minste een jaar. Invrijheidstelling kan worden uitgesteld of achterwege gelaten en bij overtreding van de voorwaarden worden herroepen.¹³

Aardig om te vermelden is dat de wetgever oorspronkelijk voor ogen had geen vi toe te kennen indien de destijds maximale tijdelijke gevangenisstraf van twintig jaar was opgelegd. Daarmee zou namelijk het gat tussen de maximale tijdelijke vrijheidsstraf en levenslang worden verkleind. Dat leidde tot de nodige kritiek, omdat juist bij een dergelijk langgestrafte een begeleide terugkeer in de maatschappij van essentieel belang is. De wetgever trok dit voorstel dan ook in, allicht ook ingehaald door de tijd. Onderwijl werd immers de maximale tijdelijke gevangenisstraf verhoogd naar dertig jaar.¹⁴

Als gezegd ontving het voorstel veel politieke bijval. Maar kritiek was er ook. Zo ging het voorstel met name voor het CDA en de VVD niet ver genoeg. Het CDA wilde bijvoorbeeld langere proeftijden en een lichter criterium voor het uitstellen of achterwege laten van de vi. Belangrijker echter: naar het oordeel van CDA en VVD dient een veroordeelde zijn invrijheidstelling te verdienen; het beginsel 'ja, tenzij' zou moeten worden vervangen door 'nee, tenzij'. Een regeling derhalve die voorziet in vi bij goed gedrag. De wetgever wilde daarvan echter niets weten. Verwezen werd naar de opvatting van de commissie-Vegter:

'(...) het sturen op gedrag tijdens detentie is echter geen doel van de vi-regeling. De regeling hierop in te richten kan schijn aanpassingen bij de gedetineerde oproepen, die geen relevantie hebben voor het gedrag na detentie.'

Ook werd erop gewezen dat gedrag tijdens detentie al gevolgen heeft in de vorm van disciplinaire straffen en gevolgen voor het verloop van de detentiefasering en verloven. Als vervolgens de vi ook op gronden van gedrag tijdens detentie achterwege zou moeten blijven, zou deze groep gedetineerden zonder enige vorm van begeleiding of stok achter de deur weer op straat komen te staan na ommekomst van de (volledige) straf. Ook zou het 'verdien je vi'-model kunnen leiden tot het opleggen van lagere straffen. Rechters zouden immers op het moment van het wijzen van het vonnis of arrest niet (meer) kunnen voorzien of de veroordeelde in

aanmerking zou komen voor voorwaardelijke invrijheidstelling. Om aanzienlijke verzwarende van de straf te voorkomen, zouden zij daarom wel eens lagere straffen kunnen gaan opleggen, die bij goed gedrag van de veroordeelde vervolgens niettemin ook nog eens tot vi zouden leiden. Ongewenst, was het eindoordeel van de wetgever. Ook in de huidige tijd, waarin opnieuw stemmen opgaan om de vi alleen toe te kennen als de gedetineerde dat verdiend heeft, lijken deze argumenten valide om daartoe niet over te gaan.

Ook de SGP uitte enige kritiek, zij het van geheel andere aard. De partij wilde vooral weten hoe een herhaling van de geschiedenis zou worden voorkomen, oftevel: hoe wordt vermeden dat de vi opnieuw tot een automatisme verwordt, een recht in plaats van een gunst? De PvdA liet zich vergelijkbaar uit en vroeg zich af hoe kan worden voorkomen dat het OM, net als voorheen, te weinig prioriteit zou toekennen aan herroeping in geval van overtreding van voorwaarden. Want was dat niet een reden waarom het de vorige keer 'fout' ging? Die handschoen is door het OM opgepakt.

4 De Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling

Hoe ook wordt aangekeken tegen de huidige praktijk van de vi, niemand zal de conclusie trekken dat het OM daaraan te weinig aandacht besteedt. Binnen het ressortsparket is een afdeling ingericht die zich volledig richt op het nemen van vi-besluiten, inclusief vorderingen tot uitstel of achterwege laten daarvan, die toeziet op de naleving van de voorwaarden, waar nodig waarschuwt en die vorderingen tot schorsing en herroeping van de vi indient. Die afdeling is de Centrale Voorziening voorwaardelijke invrijheidstelling (CVvi), die sinds medio 2008 bestaat. Jaarlijks behandelt de CVvi ongeveer 1150 zaken. In ongeveer achthonderd zaken worden bijzondere voorwaarden opgelegd, in de andere zaken geldt alleen de algemene voorwaarde dat geen strafbare feiten worden gepleegd.¹⁵

De CVvi bepaalt aan de hand van adviezen van de Reclasering, de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) en het lokale OM (waar de oorspronkelijke strafzaak speelde) allereerst of er redenen zijn om de vi uit te stellen of achterwege te laten.¹⁶ Uitgangspunt is dat er, indien wordt overgegaan tot een vordering uitstel, wordt gekozen voor uitstel van de vi voor een bepaalde periode. Reden daarvoor is dat na uitstel er alsnog sprake is van een proeftijd, zodat er alsdan voorwaar-

13 De regeling van de voorwaardelijke invrijheidstelling is opgenomen in art. 15 t/m 15i Sr.

14 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11.

15 Eigen gegevens CVvi, niet gepubliceerd.

16 Zie voor de gronden daarvoor art. 15d lid 1 onder a t/m e Sr.

den kunnen worden opgelegd. Soms ook is uitstel bijvoorbeeld geboden omdat plaatsing in een kliniek vereist is om het recidiverisico voldoende in te perken, maar daar op het moment dat de vi-datum bereikt is geen plaats is. In die situaties doet het achterwege laten van de vi uiteraard geen recht aan de situatie. Het komt natuurlijk ook voor dat er sprake is van een ernstige misdraging, op grond waarvan achterwege laten van de vi gepast en geboden is. Hangende de behandeling van een vordering tot uitstel of achterwege laten van de vi wordt de betrokkene niet in vrijheid gesteld. Hierna volgt een voorbeeld van enkele zaken die in de praktijk van de CVvi hebben geleid tot het uitstellen of achterwege laten van de vi. Hierna zal steeds nadat een bepaalde taak van de CVvi aan bod is geweest, die taak aan de hand van concrete voorbeelden worden geïllustreerd. Aldus ontstaat een duidelijker beeld van de praktische invulling van de taken.

Voorbeeld: uitstel in verband met geen plaatsingsmogelijkheid

B. werd al tijdens zijn detentie in het kader van een penitentiair programma opgenomen in de forensische psychiatrische kliniek (FPK) in Assen. De Reclassering geeft in haar vi-advies aan dat deze klinische behandeling ook in vi zou moeten voortduren. Omdat B. zich in de FPK meerdere keren niet aan de regels heeft gehouden en de kliniek geen grip op hem kon krijgen, wordt hij twee weken voor de vi-datum teruggeplaatst in detentie. Om het recidiverisico voldoende te kunnen inperken wordt een ambulante behandeling en een intensief woonbegeleidingstraject noodzakelijk geacht. Omdat deze voorwaarden in verband met zijn plotselinge terugplaatsing niet meer tijdig gerealiseerd kunnen worden, wordt een vordering tot uitstel van de vi ingediend. De Rechtbank Gelderland beslist op 7 april 2017 dat de vi voor een termijn van negentig dagen wordt uitgesteld in afwachting van de plaatsing. Mocht blijken dat de plaatsing langer dan negentig dagen op zich laat wachten, dan kan de officier van justitie wederom een vordering tot (verder) uitstel indienen.

Voorbeeld: ernstige misdraging die tot achterwege laten heeft geleid

Ook veroordeelde A. is al gestart met zijn penitentiair programma. Zijn vi-datum is gesteld op 17 juni 2017. Op 14 december 2016 wordt hij echter aangehouden door de politie in verband met de verdenking van het begaan van nieuwe strafbare feiten (heling, gewoonteheling en witwassen). Hij wordt overgebracht naar een penitentiaire inrichting en zijn penitentiair programma wordt afgebroken. De CVvi maakt een vordering tot achterwege laten van de vi op en dient deze in. De Rechtbank Midden-Nederland wijst deze vordering

bij uitspraak van 6 april 2017 toe. A. komt niet in aanmerking voor een voorwaardelijke invrijheidstelling en zit zijn volledige straf uit.

Als er geen redenen zijn voor uitstel of achterwege laten van de vi, beslist de CVvi op grond van de genoemde adviezen of, en zo ja welke, bijzondere voorwaarden moeten worden opgelegd.¹⁷ De voorwaarden moeten in het licht van de wetsgeschiedenis zijn gericht op het beperken van de recidive en de beveiliging van de maatschappij. In dat kader kunnen bijvoorbeeld een meldplicht bij de Reclassering, een behandelverplichting of een alcohol- en drugsverbod worden opgelegd. Daarnaast kunnen voorwaarden worden opgelegd die specifiek zien op de belangen van slachtoffers of nabestaanden. Dan gaat het veelal om contact- en gebiedsverboden.

Voorbeeld: bijzondere voorwaarden in verband met recidivebeperking

Ten aanzien van Z. blijkt tijdens detentie dat hij veel baat heeft bij duidelijkheid en structuur. In verband met problemen op verschillende leefgebieden (hij heeft nauwelijks werkervaring, hij heeft een laag IQ, er zijn problemen ten aanzien van zijn financiën, het ontbreekt Z. aan een (positief) sociaal netwerk en hij heeft een geschiedenis van middelenmisbruik) geeft de Reclassering in haar advies aan dat het opleggen van bijzondere voorwaarden noodzakelijk is. Het recidiverisico wordt ingeschat als hoog. De CVvi legt een besluit op waarin onder andere een middelenverbod, een ambulante behandeling en de verplichting te verblijven in een instelling voor begeleid wonen worden opgenomen. Op deze manier wordt geprobeerd de vi-gestelde te laten resocialiseren door middel van het bieden van structuur.

Voorbeeld: bijzondere voorwaarde in verband met slachtofferbelangen

In de strafzaak die ten grondslag ligt aan de hiervoor genoemde vi-zaak is Z. veroordeeld wegens onder andere afpersingen en diefstallen met geweld. Het Informatiepunt Detentie Verloop (IDV) heeft op verzoek van het OM de slachtoffers geïnformeerd over de aanstaande invrijheidstelling. Daarbij wordt tevens gevraagd of zij hun eventuele wensen ten aanzien van die invrijheidstelling kenbaar zouden willen maken. Een van de slachtoffers geeft in haar reactie op dit verzoek aan dat zij erg bang is voor Z. Om die reden wordt een locatieverbod in het vi-besluit opgenomen.

¹⁷ Art. 15a lid 3 Sr.

Namens het OM ziet de Reclassering feitelijk toe op de naleving van de voorwaarden. Bij overtreding van een voorwaarde kan de Reclassering een officiële waarschuwing geven, maar uiteraard kan dat ook aanleiding zijn om de CVvi te informeren, zeker indien de schending ernstig is. Als er bijvoorbeeld sprake is van het eenmalig te laat verschijnen op een meldplichtgesprek bij de Reclassering, kan met een waarschuwing door de Reclassering worden volstaan. Is er echter sprake van bijvoorbeeld het schenden van een opgelegd drugsverbod, dan moet dit aan de CVvi worden gemeld. Op grond van de wet kan het OM op drie manieren op overtreding van de voorwaarden reageren: door het wijzigen van de voorwaarden, door het geven van een waarschuwing of door het indienen van een vordering tot herroeping.¹⁸

Voorbeeld: wijzigen voorwaarden na overtreding

Veroordeelde I. verlaat na een ruzie met zijn partner het huis en knipt zijn enkelband door. Vervolgens is hij telefonisch niet bereikbaar voor de Reclassering. Een dag na zijn bandsabotage heeft hij zich bij de Reclassering gemeld met de mededeling dat hij zich heeft gerealiseerd dat hij een grote fout heeft gemaakt. De Reclassering neemt contact op met de CVvi en geeft aan dat zij het toezicht wel willen voortzetten, maar dat dit met de huidige bijzondere voorwaarden niet gaat. I. zou graag bij zijn partner willen blijven wonen, maar de Reclassering is van mening dat de voorwaarde 'opname in een instelling voor begeleid wonen of maatschappelijke opvang' aan het vi-besluit zou moeten worden toegevoegd. Omdat I. zich tot aan het moment van de bandsabotage goed aan zijn voorwaarden heeft gehouden en een stevige waarschuwing op dit moment voldoende lijkt, wijzigt de CVvi het besluit en voegt het begeleid wonen toe.

Voorbeeld: waarschuwing na overtreding

Veroordeelde B. heeft ernstige geweldsdelicten op zijn naam staan. Hij is verstandelijk fors beperkt en in het kader van zijn vi zijn als voorwaarden gesteld dat hij zich in een ggz-instelling moet laten behandelen en dat hij geen drugs mag gebruiken. B. gebruikt echter een verlofmoment om met de bus naar een nabijgelegen stad te gaan, alwaar hij drugs gebruikt en een prostituee bezoekt. Daags daarna meldt hij zichzelf bij de kliniek. De Reclassering maakt hiervan melding, maar geeft op aandringen van de ggz-instelling aan dat B. niet terug zou moeten naar de gevangenis. Weliswaar heeft B. voorwaarden overtreden, maar overigens heeft hij veel vooruitgang geboekt, die door een hernieuwd verblijf in de cel tenietgedaan zouden worden. De CVvi besluit veroor-

deelde te waarschuwen. Het waarschuwingsgesprek vindt in de kliniek plaats in aanwezigheid van de persoonlijk begeleider van veroordeelde. Inmiddels is besloten in het kader van de Wet Bopz een rechterlijke machtiging aan te vragen, zodat hij ook na het verstrijken van de proeftijd behandeld blijft worden.

Voorbeeld: herroeping na overtreding

Veroordeelde M. heeft aan de Reclassering toestemming gevraagd om wegens het overlijden van een familielid naar Curaçao af te reizen. Deze toestemming krijgt hij, mits hij een retourticket overlegt. Dit gebeurt echter niet. Als de Reclassering vervolgens probeert contact te krijgen met M., lukt dit meermalen niet. Ook verschijnt M. niet op zijn meldplichtafpraak. Hiervoor krijgt hij een berisping van de Reclassering. Op de twee daaropvolgende meldplichtafspraken verschijnt M. eveneens niet, waarop de Reclassering besluit het toezicht retour te sturen. De CVvi maakt een vordering herroeping wegens het overtreden van de bijzondere voorwaarden op en dient die in bij de Rechtbank Noord-Holland. De vordering wordt bij uitspraak van 10 april 2017 toegewezen en M. zal 120 dagen van zijn in totaal 220 dagen durende proeftijd alsnog moeten uitzitten.

Als er ernstige redenen bestaan voor het vermoeden dat de veroordeelde zich zodanig heeft gedragen dat de voorwaardelijke invrijheidstelling zal worden herroepen, kan het OM de aanhouding van de veroordeelde bevelen en bij de rechter-commissaris (RC) een vordering tot schorsing van de vi indienen. Indien de RC die vordering toewijst, betekent dit dat de veroordeelde hangende de behandeling van de vordering tot herroeping in detentie wordt genomen. In voorkomende gevallen kan ook worden overgegaan tot actieve opsporing van de veroordeelde, vooral als de kans op een ernstig gewelds- of zedendelict groot wordt geacht.

Voorbeeld aanhouding, schorsing, herroeping en actieve opsporing

M. heeft een overval gepleegd op een tankstation, waarbij hij de kassière een vuurwapen tegen het hoofd heeft gezet. Aan zijn vi zijn onder meer als voorwaarden opgelegd: meldplicht bij de Reclassering, een drugsverbod te controleren door urinecontroles, een gebiedsverbod, elektronisch toezicht daarop en een behandelverplichting bij een forensische polikliniek. De Reclassering meldt dat hij deze voorwaarden niet nakomt en dat hij zijn enkelband heeft gesaboteerd, waardoor M. onvindbaar is. De Reclassering maakt zich grote zorgen en het slachtoffer eveneens. Er is een groot herhalingsgevaar. Gezien de ernst van de overtredingen wordt een vordering

¹⁸ Art. 15g en 15i lid 2 Sr.

tot schorsing en herroeping ingediend en wordt de aanhouding van veroordeelde bevolen. Er wordt contact gelegd met het Fugitive Active Search Team (FAST), een speciale eenheid van OM en politie die erin slaagt om veroordeelde te lokaliseren en aan te houden. De rechtbank heeft de vi van veroordeelde vervolgens geheel herroepen.

Wat het voorgaande aantoont, is dat de CVvi een breed pallet aan zaken in behandeling heeft en een scala aan mogelijkheden om met inachtneming van verschillende belangen te reageren op ongewenst gedrag van een veroordeelde. Als uitgangspunt heeft daarbij altijd de doelstelling van de vi-regeling te gelden: het vergroten van de maatschappelijke veiligheid door het beperken van het recidivegevaar. Dat klinkt echter eenvoudiger dan het is: soms namelijk is het beperken van het herhalingsgevaar gebaat bij een fluwelen aanpak, denk aan de in een instelling voor geestelijke gezondheidszorg opgenomen veroordeelde die in strijd met de voorwaarden tijdens verlof aan de haal gaat en drugs gebruikt, soms ook bij het hanteren van het zwaard, zoals in geval van de overvaller op het tankstation. Overigens, om misverstanden te voorkomen: ook die veroordeelde komt uiteindelijk wel vrij en, nu zijn vi volledig is herroepen, zonder enige vorm van begeleiding of stok achter de deur. Het strafrecht vermag nu eenmaal niet alles, volledige maatschappelijke veiligheid is een illusie. Daarnaast zijn soms de belangen van een veroordeelde tegengesteld aan die van het slachtoffer. Wat te doen als zij in dezelfde gemeente wonen, het slachtoffer een gebiedsverbod voor die gemeente wil, maar de veroordeelde daar zijn sociale netwerk heeft, een baan wellicht en juist daar dus de omstandigheden zo optimaal mogelijk zijn voor zijn terugkeer in de samenleving? De vi is een kwestie van voortdurende ingewikkelde afwegingen en het nemen van gecalculeerde risico's. Juist daarom heeft het OM daarvoor een afzonderlijke en toegewijde afdeling ingericht.

5 De toekomst: de Wet langdurig toezicht (Wlt)

Ook in zijn huidige vorm is de vi echter geen rustig bezit. In de stemwijzer voor de afgelopen Tweede Kamerverkiezingen was bijvoorbeeld de stelling opgenomen dat de vi moet worden afgeschaft, overigens onder het curieuze kopje 'vervroegde vrijlating'. Acht van de dertien partijen die thans in de Tweede Kamer vertegenwoordigd zijn (een meerderheid van 95 zetels) onderschrijven die stelling, met name uiteraard de partijen die toch al met *law and order*-standpunten worden geassocieerd. Daarnaast heeft de SGP eind 2016 een initiatiefwetsvoorstel gepresenteerd, waarin de vi inderdaad wordt afgeschaft en de rechter de bevoegdheid krijgt om ook bij

straffen van meer dan vier jaar een deel daarvan voorwaardelijk op te leggen, met dien verstande dat het voorwaardelijk deel maximaal een kwart mag bedragen en nooit meer dan vier jaar. En het CDA heeft inmiddels ook zijn zin gekregen: in het kader van de op 1 januari 2018 in werking tredende Wet langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking (Wlt) is het mogelijk proeftijden te verlengen, voor ernstige gewelds- en zedendelicten zelfs oneindig.¹⁹

De Wlt heeft ten doel een bijdrage te leveren aan het verminderen van recidive en daarmee aan het voorkomen van nieuwe slachtoffers. Daartoe worden ten aanzien van vi verschillende wijzigingen in de wet opgenomen.

Zo worden de proeftijden van de algemene voorwaarde en die van de bijzondere voorwaarden gelijk getrokken. De duur van de proeftijd wordt daarmee altijd ten minste 365 dagen. Daarnaast wordt het op grond van artikel 15c, derde lid, Sr mogelijk om, indien het gedrag van de vi-gestelde daartoe aanleiding geeft, de vi-proeftijd met maximaal twee jaar te verlengen. In alle vi-zaken kan eenmaal een vordering tot verlenging van de proeftijd worden ingediend. Indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde een geweldsdelict zal begaan of indien dit ter voorkoming van ernstig belastend gedrag ten opzichte van de slachtoffers of getuigen noodzakelijk is, kan de proeftijd steeds met maximaal twee jaar worden verlengd.

Omdat geen overgangsrecht is ontwikkeld, zal de Wlt gelden voor alle vi-zaken waarin op 1 januari 2018 nog een proeftijd loopt.

6 Ten slotte

Ook na de herinvoering van de voorwaardelijke invrijheidstelling blijft de vi volop in beweging. Het oog van de samenleving en de politie is en blijft gericht op veroordeelden die na ommekomst van het eerste deel van hun straf, de tijd die zij in detentie hebben doorgebracht, weer mee gaan doen in de maatschappij. Daarbij is het credo dat die maatschappij zo veel mogelijk gevrijwaard dient te worden van risico's die de terugkeer van een gedetineerde in de samenleving met zich meebrengt. De gedachte van risicobeperking is ook zichtbaar in de toekomstige ontwikkelingen rond de vi, met name de Wlt. In sommige gevallen kan het toezicht op de in vrijheid gestelde veroordeelde eeuwigdurend zijn. Ook in de wijze waarop het overgangsrecht van het ene op het andere wettelijke vi-regime is vormgegeven, is te zien hoe de wetgever

¹⁹ Wet van 25 november 2015, *Stb.* 2015, 460.

tegen de vi aankijkt: een gunst, geen recht, primair gericht op maatschappijbeveiliging. Immers, het overgangsrecht bij de wijziging van de vervroegde naar de voorwaardelijke invrijheidstelling hield in dat iemand die werd veroordeeld toen de voorwaardelijke invrijheidstelling nog niet bestond bij invrijheidstelling toch onder dat regime kwam te vallen. Op die veroordeelde wordt bovendien de mogelijkheid van verlenging van de proeftijd op grond van de Wlt mogelijk, indien zijn proeftijd na 1 januari 2018 eindigt. Ook een gegeven dat de rechter die ooit veroordeelde niet kon voorzien. Dat is niet zuiver theoretisch, die gevallen bestaan. Geen probleem, aldus de wetgever, want:

‘(...) de veroordeelde heeft het volledig in eigen hand welk risico van herroeping van zijn invrijheidstelling hij wil lopen.’

Een vergelijkbare redenering kan gelden voor het risico op verlenging van de proeftijd, nu de grond daarvoor ook het gedrag van de veroordeelde is. De boodschap is luid en duidelijk: een veroordeelde die voorwaardelijk in vrijheid is gesteld heeft zich te gedragen. Net als iedereen, eigenlijk.



35. De (on)veiligheid van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel

De Wet Langdurig toezicht, die op 24 november 2015 door de Eerste Kamer is aangenomen, zorgt er onder andere voor dat de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel wordt ingevoerd in het Wetboek van Strafrecht. Deze maatregel moet ervoor zorgen dat het recidivecijfer daalt en de maatschappelijke veiligheid vergroot. In deze bijdrage wordt de regelgeving omtrent de zelfstandige maatregel onder de loep genomen en beargumenteerd waarom het kwestieus is of voornoemde doelen middels deze maatregel kunnen worden bereikt.

1 Inleiding

De terugkeer van ter beschikking gestelden, zware geweldsdelinquenten en zedendelinquenten in de maatschappij kan aanleiding geven tot maatschappelijke onrust en onveiligheidsgevoelens. Een recent voorbeeld hiervan is de terugkeer van zedendelinquent Sytze van der V. in de samenleving. Sytze van der V. is op 29 juni 2010 door het Hof 's-Hertogenbosch veroordeeld tot een gevangenisstraf van 36 maanden, waarvan 9 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van vijf jaar wegens het plegen van ontucht met vier minderjarige jongens. Na het uitzitten van zijn onvoorwaardelijke gevangenisstraf heeft hij meerdere malen de bijzondere voorwaarden die aan hem waren opgelegd overtreden. Dit heeft ertoe geleid dat het gerechtshof de voorwaardelijke gevangenisstraf alsnog geheel ten uitvoer heeft gelegd. In zijn beslissing geeft het hof er blijk van een uitvoerige belangenafweging te hebben gemaakt. Het gerechtshof is zich er terdege van bewust dat door het ten uitvoer leggen van de voorwaardelijke gevangenisstraf geen toezicht meer kan worden gehouden op Sytze van der V. Maar gelet op de ernst van het gedrag van Sytze van der V. en het feit dat het reclasseringscontact daardoor niet op adequate wijze kan worden ingevuld, is het gerechtshof van mening dat dit de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke gevangenisstraf

rechtvaardigt.¹ Het gerechtshof wordt in dit geval in een lastige positie gebracht. Enerzijds weet het gerechtshof dat de kans op recidive groot is en dat na de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke gevangenisstraf geen toezicht meer mogelijk is. Anderzijds kan het hof het gedrag van Sytze van der V. ook niet onbestraft laten.

Gelet op het vooraangaande is het niet merkwaardig dat de terugkeer van Sytze van der V. in de samenleving heeft gezorgd voor maatschappelijke onrust en onveiligheidsgevoelens. Het kabinet realiseert zich dat zaken zoals die van Sytze van der V. (meer in het algemeen zedenzaken) niet alleen gevolgen hebben voor de slachtoffers, maar ook voor de samenleving in zijn geheel. Het doelt hier met name op het verminderen van het veiligheidsgevoel van de burgers. Het kabinet acht dit ongewenst en heeft zichzelf daarom ten doel gesteld de maatschappelijke veiligheid te vergroten en het recidivecijfer terug te brengen.²

Om deze doelen te bereiken, heeft voormalig staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven het wetsvoorstel langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking ingediend. Dit wetsvoorstel is op 24 november 2015 door

1 Hof 's-Hertogenbosch 4 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2872.

2 Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3, p. 1.

de Eerste Kamer aangenomen.³ Met deze wet wordt een drietal belangrijke wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht aangebracht. De eerste wijziging betreft het laten vervallen van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de tbs met bevel tot verpleging van overheidswege. Deze voorwaardelijke beëindiging was in artikel 38j, tweede lid, Sr gelimiteerd tot een periode van negen jaar. Het verval van deze maximumtermijn betekent dat de voorwaardelijke beëindiging onbeperkt kan worden verlengd. Dit onderdeel van de Wet langdurig toezicht is op 1 januari 2017 in werking getreden.⁴

De tweede wijziging heeft betrekking op de duur van de proeftijd na voorwaardelijke invrijheidstelling. In het huidige artikel 15c Sr is de duur van de proeftijd afhankelijk van de gestelde voorwaarde. In relatie tot de algemene voorwaarde is de proeftijd gelijk aan het strafrestant en ten minste één jaar. Voor de naleving van de bijzondere voorwaarde is de proeftijd altijd gelijk aan het strafrestant. In de Wet langdurig toezicht wordt een uniforme regeling van de proeftijd na voorwaardelijke invrijheidstelling gecreëerd, waarvoor de huidige regeling met betrekking tot de algemene voorwaarde model staat. Voorts wordt het mogelijk gemaakt om de proeftijd eenmalig met een periode van maximaal twee jaar te verlengen.⁵ Deze onderdelen van de Wet langdurig toezicht zullen op 1 januari 2018 in werking treden.⁶

De laatste belangrijke wijziging betreft het invoeren van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel als nieuw onderdeel in het sanctiearsenaal. Door middel van deze zelfstandige maatregel kan op voormalige ter beschikking gestelden en zware gewelds- en zedendelinquenten die hun straf hebben uitgezeten nog jarenlang, indien nodig levenslang, toezicht worden gehouden.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de nieuwe zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel. Deze maatregel kan grote gevolgen hebben voor zeden- en geweldsdelinquenten en ter beschikking gestelden. Allereerst wordt ingegaan op de inhoud van de maatregel. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag naar de meerwaarde van de maatregel ten opzichte van de bestaande wettelijke toezichtmogelijkheden. Beoordeeld wordt of de zelfstandige maatregel de mogelijkheden voor de autoriteiten vergroot om toezicht te houden op delinquenten. Tot slot volgt een kritische beschouwing van de zelfstandige maatregel.

2 De zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel

Om de invoering van de zelfstandige maatregel mogelijk te maken, worden acht nieuwe artikelen toegevoegd aan het Wetboek van Strafrecht. Een bijzonderheid in de regeling is dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de oplegging van de maatregel door de rechter in de strafzaak en anderzijds de precisering van de maatregel in te stellen voorwaarden en de tenuitvoerlegging tegen het einde van de vrijheidsstraf of van de tbs-maatregel. In de strafzaak kan de rechter ambtshalve dan wel op vordering van het Openbaar Ministerie aan de verdachte een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking opleggen, mits de verdachte bij die rechterlijke uitspraak (a) ter beschikking wordt gesteld, (b) wordt veroordeeld tot een (eventueel deels voorwaardelijke) gevangenisstraf wegens een misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen en waarop een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar of meer is gesteld, (c) wordt veroordeeld tot een (eventueel deels voorwaardelijke) gevangenisstraf wegens een misdrijf als omschreven in de artikelen 240b, 248c tot en met 250, 273f en 317, eerste lid, Sr. Het opleggen van de maatregel moet nodig zijn uit een oogpunt van 'bescherming van de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen'.⁷

In het eerste ontwerp was het opleggen van de maatregel alleen mogelijk aan verdachten die werden veroordeeld tot tbs met dwangverpleging of aan zedendelinquenten die werden veroordeeld tot een (deels) onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Na commentaar van onder andere de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) op deze afbakening heeft voormalig staatssecretaris Teeven het wetsvoorstel dusdanig aangepast dat ook zware geweldsdelinquenten en mensen met tbs met voorwaarden onder de reikwijdte van de voorgestelde zelfstandige maatregel vielen.

Na de oplegging van de maatregel in het veroordelend vonnis respectievelijk het arrest, krijgt de maatregel pas effect als het OM tegen het einde van de gevangenisstraf of van de tbs-maatregel een vordering tot tenuitvoerlegging doet. Deze vordering moet uiterlijk tien weken voor de beëindiging van de terbeschikkingstelling, dan wel tien weken voor de beëindiging van de proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling worden gedaan bij de rechter die in eerste aanleg heeft kennisgenomen van het strafbare feit ter zake waarvan de maatregel is opgelegd. Indien er geen voorwaardelijke invrijheidstelling heeft plaatsgevonden, moet de vordering

3 De wet is gepubliceerd in *Stb.* 2015, 460. De wet wordt in het vervolg aangeduid als: Wet langdurig toezicht.

4 Zie het inwerkingtredingsbesluit van 2 december 2016, *Stb.* 2016, 493.

5 Zie het voorgestelde art. 15c lid 3 Sr.

6 Zie het al genoemde inwerkingtredingsbesluit in *Stb.* 2016, 493.

7 Zie art. 38z Sr.

tien weken voor het eindigen van de gevangenisstraf worden ingediend. Als de tenuitvoerlegging niet wordt gevorderd, vervalt de maatregel van rechtswege.⁸

De rechter kan de tenuitvoerlegging van de maatregel gelasten als er is voldaan aan één van de twee gronden voor tenuitvoerlegging. Deze gronden zijn opgenomen in artikel 38ab, eerste lid, Sr en luiden als volgt:

- 'a. indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan waarvoor de rechter een maatregel strekkende tot gedragsbeïnvloeding of vrijheidsbeperking als bedoeld in artikel 38 lid 1 Sr kan opleggen, of**
b. indien dit ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen noodzakelijk is.'

Volgens staatssecretaris Teeven moet bij de eerste grond sprake zijn van een actueel risico op recidive, hetgeen moet blijken uit een reclasseringsadvies. Bij de tweede grond moeten er sterke aanwijzingen bestaan dat een slachtoffer of getuige redelijkerwijs dient te vrezen voor ernstig belastend gedrag door de veroordeelde. Het gaat hier niet om de subjectieve beleving van het slachtoffer of de getuige. Het gaat erom of een redelijk denkend mens de situatie als ernstig belastend zou ervaren. Het ernstig belastend gedrag hoeft niet strafbaar te zijn.⁹

Indien er wordt voldaan aan één van de twee gronden voor tenuitvoerlegging, kan de rechter de zelfstandige maatregel voor minimaal twee en maximaal vijf jaar opleggen. Op vordering van het OM kan de maatregel telkens met twee, drie, vier of vijf jaar worden verlengd. Er is geen maximale duur verbonden aan de zelfstandige maatregel. In voorkomende gevallen kan de zelfstandige maatregel en daarmee het toezicht op een delinquent levenslang duren. Bij de last tot tenuitvoerlegging van de zelfstandige maatregel kan de rechter diverse voorwaarden opleggen.¹⁰ Deze zijn te onderscheiden in gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende voorwaarden. De voorwaarden die in het kader van de zelfstandige maatregel kunnen worden gesteld vertonen veel overeenkomsten met de voorwaarden die in het kader van een voorwaardelijke veroordeling en een voorwaardelijke invrijheidstelling kunnen worden gesteld. Denk hierbij aan het contactverbod, de meldplicht bij de reclassering of een andere instantie en de verplichting zich onder behandeling te stellen van een deskundige. Maar er zijn ook nieuwe voorwaarden opgenomen, die nog niet eerder expliciet in het Wetboek van Strafrecht

zijn verschenen. Voorbeelden hiervan zijn het verbod vrijwilligerswerk van bepaalde aard te verrichten, het verbod zich te vestigen in een bepaald gebied en de plicht te verhuizen uit een bepaald gebied. Naast de specifiek genoemde voorwaarden heeft de rechter nog de mogelijkheid om 'andere voorwaarden het gedrag van de veroordeelde betreffende' op te leggen (art. 38ab lid 1 onder g Sr). De rechter kan, indien de opgelegde voorwaarden zich hiervoor lenen, elektronisch toezicht verbinden aan de voorwaarden. De rechter dient hier echter volgens de wetgever wel terughoudend mee te zijn, aangezien elektronisch toezicht zorgt voor een verdere beperking van de grondrechten van de delinquent.¹¹ De voorwaarden gelden in principe voor de gehele duur van de maatregel. De rechter kan echter ambtshalve, op verzoek van de delinquent of op vordering van het OM de voorwaarden tussentijds wijzigen of opheffen.

Zowel de delinquent als het OM kunnen tegen de beslissing van de rechter tot tenuitvoerlegging van de maatregel, de beslissing tot al dan niet verlenging van de zelfstandige maatregel en de beslissing tot tussentijdse wijziging dan wel opheffing van de voorwaarden in hoger beroep bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het instellen van hoger beroep schorst de tenuitvoerlegging van de maatregel niet, aangezien de beslissing dadelijk uitvoerbaar is. De belangrijkste reden hiervoor is het waarborgen van de veiligheid van de samenleving.¹²

3 De meerwaarde van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel ten opzichte van de bestaande wettelijke toezichtmogelijkheden

De zelfstandige maatregel moet, zoals vermeld, ervoor zorgen dat de veiligheid van de maatschappij wordt vergroot en dat het recidivecijfer afneemt. De maatregel is speciaal-preventief van aard en past hierdoor goed in de huidige veiligheidsmaatschappij. Dit neemt echter niet weg dat er bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede en Eerste Kamer diverse kritische vragen zijn gesteld aan de voormalige staatssecretaris over de invoering van de zelfstandige maatregel. Zo vroeg de D66-fractie zich onder andere af of de Nederlandse bevolking zich daadwerkelijk zo onveilig voelt als de staatssecretaris doet voorkomen. De PvdA-fractie was onder meer bezorgd over de vele mogelijkheden die er na invoering van de zelfstandige maatregel zouden zijn om de vrijheid van een veroordeelde door het stellen van voorwaarden te beperken. Deze fractie vroeg zich af of de zelfstandige maatregel

⁸ Zie art. 38aa Sr.

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33816, 6, p. 48.

¹⁰ Zie art. 38ab Sr.

¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3, p. 35.

¹² Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3, p. 41.

überhaupt een meerwaarde heeft ten opzichte van de reeds bestaande wettelijke mogelijkheden om toezicht te houden op een veroordeelde.¹³ Deze laatste vraag staat centraal in deze paragraaf.

Op de vraag of de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel een meerwaarde heeft ten opzichte van de reeds bestaande wettelijke toezichtmogelijkheden kan volmondig ja worden geantwoord. Volledigheids halve wordt hierbij opgemerkt dat het feit dat de zelfstandige maatregel een meerwaarde heeft ten opzichte van de bestaande wettelijke toezichtmogelijkheden, niet betekent dat de maatregel ook bijdraagt aan het verkleinen van de recidivekansen en het vergroten van de veiligheid van de maatschappij. Dit is een interessante vraag, maar deze valt buiten het bereik van deze bijdrage.

Allereerst heeft de zelfstandige maatregel een meerwaarde ten opzichte van de voorwaardelijke invrijheidstelling. De proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling is in duur beperkt. De proeftijd van de algemene voorwaarde duurt op dit moment minimaal één jaar.¹⁴ De proeftijd van de bijzondere voorwaarde is op dit moment ten hoogste gelijk aan de periode waarover de voorwaardelijke invrijheidstelling wordt verleend.¹⁵ Zoals vermeld komt er een wetswijziging op dit punt. Het nieuwe artikel zorgt ervoor dat zowel de proeftijd van de algemene als de bijzondere voorwaarde minimaal één jaar duurt. Tevens kan door middel van het nieuwe artikel 15c, derde lid, Sr de proeftijd eenmaal met twee jaar worden verlengd. Als de veroordeelde zich houdt aan de voorwaarden tijdens zijn proeftijd, eindigt de voorwaardelijke invrijheidstelling van rechtswege als de proeftijd (na een eventuele verlenging) is verstreken. Als de veroordeelde gedurende de proeftijd de voorwaarden overtreedt, zal de voorwaardelijke invrijheidstelling gedeeltelijk of geheel worden herroepen.¹⁶ In dit laatste geval moet de veroordeelde zijn gevangenisstraf alsnog in zijn geheel uitzitten. Na het eindigen van de gevangenisstraf is er geen toezicht meer mogelijk. De zelfstandige maatregel kan in dit geval uitkomst bieden. Dit geldt tevens voor het geval de voorwaardelijke invrijheidstelling van rechtswege eindigt wegens het wél naleven van de voorwaarden. In dit laatste geval kan er toch nog behoefte zijn aan toezicht op de veroordeelde. De zelfstandige maatregel gaat verder waar de voorwaardelijke invrijheidstelling stopt. Verder heeft de zelfstandige maatregel een meerwaarde als een veroordeelde zijn gevangenisstraf uitzit zonder dat een voorwaardelijke invrijheidstelling plaatsvindt. De maatregel kan dan direct na het eindigen van de gevangenisstraf ten

uitvoer worden gelegd. Aangezien er in dit geval geen andere mogelijkheid is geweest om toezicht uit te oefenen op het gedrag van een delinquent in de samenleving heeft de maatregel in dit geval wel degelijk een meerwaarde.

Tevens is de zelfstandige maatregel van toegevoegde waarde als er sprake is van een deels voorwaardelijke gevangenisstraf. De proeftijd die de rechter bij de voorwaardelijke gevangenisstraf kan opleggen is maximaal drie jaar.¹⁷ In bijzondere gevallen kan de proeftijd maximaal tien jaar duren.¹⁸ Er bestaat geen mogelijkheid tot verlenging. De proeftijd van de voorwaardelijke veroordeling is dus eindig. De zelfstandige maatregel kan ook in zo'n geval uitkomst bieden als er langer toezicht nodig is. Dit is echter alleen het geval als er zowel een voorwaardelijke als onvoorwaardelijke gevangenisstraf is opgelegd. Als er alleen een voorwaardelijke gevangenisstraf wordt opgelegd, kan de maatregel niet worden opgelegd.¹⁹ Tot slot heeft de zelfstandige maatregel een meerwaarde ten opzichte van de terbeschikkingstelling met voorwaarden en de gemaximeerde terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege. De eerste soort terbeschikkingstelling wordt voor twee jaar opgelegd en kan na die twee jaar telkens met één of twee jaar worden verlengd.²⁰ De terbeschikkingstelling met voorwaarden kan maximaal negen jaar duren.²¹ De gemaximeerde terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege kan maximaal vier jaar duren.²² Verlenging is na het verstrijken van die negen respectievelijk vier jaar niet meer mogelijk. De zelfstandige maatregel kan in dit geval wederom uitkomst bieden, indien blijkt dat het nodig is langer toezicht te houden op de veroordeelde.

Ten opzichte van de ongemaximeerde terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege heeft de zelfstandige maatregel echter geen meerwaarde (meer). De rechter kan de voorwaardelijke beëindiging van de ongemaximeerde terbeschikkingstelling thans oneindig laten duren.²³ Zolang er nog gevaar uitgaat van de ter beschikking gestelde, zal de rechter de terbeschikkingstelling niet definitief beëindigen. Pas als het gevaar dat van de ter beschikking gestelde uitgaat en de kans op recidive voldoende zijn afgenomen, zal de rechter de terbeschikkingstelling beëindigen. In dat geval zal niet meer worden voldaan aan één van de twee gronden voor tenuitvoerlegging van de maatregel.

Uit het voorafgaande blijkt dat de zelfstandige maatregel een meerwaarde heeft ten opzichte van de reeds bestaande

13 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 5, p. 3.

14 Zie art. 15c lid 2 Sr.

15 Zie art. 15c lid 3 Sr.

16 Zie art. 15g Sr.

17 Zie art. 14b lid 2 Sr.

18 Zie art. 14b lid 3 Sr.

19 Zie art. 38z lid 1 onder b en c Sr.

20 Zie art. 38d lid 1 en 2 Sr.

21 Zie art. 38e lid 2 Sr.

22 Zie art. 38e lid 1 Sr.

23 Zie art. 38e lid 3 Sr.

wettelijke toezichtsmogelijkheden. De zelfstandige maatregel is een soort vangnet. De maatregel gaat verder waar de rest stopt. Er moeten echter wel twee grote kanttekeningen bij de meerwaarde worden geplaatst: de zelfstandige maatregel kan alléén worden opgelegd aan ter beschikking gestelden en aan personen die zijn veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf ter zake van een:²⁴

‘(...) misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen en waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van het hoogste vier jaar of meer is gesteld.’

Met deze omschrijving wordt bedoeld op zeden- en ernstige geweldsdelicten. Ter zake van andere categorieën delicten kan de maatregel niet worden opgelegd. De zelfstandige maatregel heeft dus wel een meerwaarde, maar slechts in het geval van bepaalde delicten. Daarbij moet de zelfstandige maatregel in het veroordelend vonnis of arrest worden opgelegd.²⁵ Indien dit niet is gebeurd, kan de maatregel vanzelfsprekend ook niet ten uitvoer worden gelegd. Of een rechter in zo'n vroeg stadium de zelfstandige maatregel gaat opleggen, is afwachten.

4 De zelfstandige maatregel nader bekeken

Zoals vermeld moeten de wijzigingen die de Wet langdurig toezicht teweegbrengen ervoor zorgen dat de maatschappelijke veiligheid vergroot en het recidivecijfer daalt. Of de invoering van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel deze doelstellingen ook daadwerkelijk teweegbrengt, is nog maar de vraag. Er kleven namelijk nogal wat bezwaren aan de zelfstandige maatregel, waardoor de tenuitvoerlegging van de maatregel averechts kan werken. Om positief te beginnen, zullen in deze paragraaf allereerst de voordelen van de zelfstandige maatregel aan bod komen. Vervolgens zullen de bezwaren tegen de zelfstandige maatregel worden besproken en waar mogelijk oplossingen voor de bezwaren worden aangedragen.

4.1 De voordelen van de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel

Het grote en wellicht belangrijkste voordeel van de zelfstandige maatregel is dat zolang als dat nodig wordt geacht toezicht kan worden gehouden op ex ter beschikking gestelden, zedendelinquenten en zware geweldsdelinquenten. De verlengingsmogelijkheid is namelijk oneindig zolang er ten minste wordt voldaan aan één van de voorwaarden van

artikel 38ac, eerste lid, onder a en b, Sr. Doordat er na de vrijlating van bepaalde delinquenten nog (langdurig) toezicht kan worden uitgeoefend is het aannemelijk dat het veiligheidsgevoel van de samenleving groeit. Het zal de bevolking een geruster gevoel geven als zij weet dat een delinquent na zijn vrijlating onder toezicht staat. Het feit dat het veiligheidsgevoel van de samenleving groeit, wil echter niet zeggen dat ook de maatschappelijke veiligheid wordt vergroot. Dit zijn twee verschillende dingen. Of de maatschappelijke veiligheid ook daadwerkelijk wordt vergroot door middel van deze zelfstandige maatregel is de vraag. Hier wordt later nog op teruggekomen.

Een ander voordeel van de maatregel is dat de rechter veel verschillende bijzondere voorwaarden kan opleggen. Ook voorwaarden die nog niet eerder expliciet in het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen. Voorbeelden hiervan zijn het verbod om vrijwilligerswerk van een bepaalde aard te verrichten en het reisverbod.²⁶ Doordat de rechter zo veel verschillende voorwaarden kan opleggen, kan hij de maatregel goed toespitsen op de persoon van de veroordeelde, het door hem gepleegde delict en zijn levensomstandigheden.²⁷ Met andere woorden, de rechter kan maatwerk leveren.

Tot slot is het een voordeel dat de maatregel dadelijk uitvoerbaar is. De maatregel wordt op deze manier meteen ten uitvoer gelegd na de gevangenisstraf dan wel de terbeschikkingstelling. De veroordeelde kan dit niet voorkomen door hoger beroep in te stellen. De samenleving wordt op deze manier direct beschermd tegen de veroordeelde. Tegelijkertijd is dit voordeel voor de samenleving een nadeel voor de delinquent. Als na een geslaagd hoger beroep de tenuitvoerlegging van de maatregel ongedaan wordt gemaakt, is de tenuitvoerlegging onrechtmatig geweest. De delinquent heeft dan voor een bepaalde tijd onterecht onder toezicht gestaan.²⁸ De wetgever heeft bij de beslissing tot het dadelijk uitvoerbaar maken van de zelfstandige maatregel moeten kiezen tussen enerzijds het belang van de delinquent op vrijheid en het voorkomen van onterechte overheidsinmenging in zijn privéleven en anderzijds het belang van de samenleving. Het belang van de samenleving is veiligheid. De wetgever heeft in dit geval het belang van de samenleving laten prevaleren. Zeker in het perspectief van de wetgever is deze beslissing wel begrijpelijk op grond van de aanname dat de rechter de maatregel op grond van een weloverwogen beslissing ten uitvoer zal leggen

²⁴ Zie art. 38z lid 1 onder a en b Sr.

²⁵ Zie art. 38z lid 1 Sr.

²⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3, p. 29.

²⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33816, 3, p. 28.

²⁸ Als de zelfstandige maatregel onterecht ten uitvoer is gelegd, bestaat op grond van de strafwetgeving geen recht op schadevergoeding. Als de delinquent vervangende hechtenis heeft ondergaan, kan hij op grond van art. 38ag jo art. 38ij Sr een schadevergoedingsverzoek indienen.

(zo moet de rechter bij de beslissing tot tenuitvoerlegging een recent en met redenen omkleed reclasseringsrapport betrekken).²⁹ Dit neemt echter niet weg dat het uit een oogpunt van behoorlijkheid aangewezen is om het hoger beroep voortvarend te behandelen, zodat er snel zekerheid komt over de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging.

4.2 Bezwaren tegen de zelfstandige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel

Naast de hiervoor genoemde voordelen zijn er, zoals reeds vermeld, ook de nodige bezwaren tegen de invoering van de zelfstandige maatregel. Een van de grootste bezwaren die meerdere malen door adviesinstanties en Kamerleden³⁰ naar voren is gebracht, is de tweetrapsprocedure die de rechter moet volgen. De rechter moet al bij het veroordelend vonnis beslissen of de zelfstandige maatregel wordt opgelegd. Na het ondergaan van de gevangenisstraf dan wel de terbeschikkingstelling moet de rechter beslissen of de maatregel ook daadwerkelijk ten uitvoer wordt uitgelegd. Mijns inziens wordt met deze procedure iets onmogelijks gevraagd van de vonniswijzende rechter. De rechter moet in het strafvonnis als het ware in de toekomst kijken om te beoordelen of de oplegging van de zelfstandige maatregel op haar plaats is. De rechter weet op dat moment echter niet hoe de betreffende delinquent zich gedurende de gevangenisstraf dan wel de terbeschikkingstelling zal ontwikkelen. Hij weet niet welke invloed de straf of de tbs-maatregel zal hebben op de delinquent. Gelet hierop is het zeer moeilijk voor de rechter om te bepalen of er in de toekomst termen aanwezig zullen zijn om de zelfstandige maatregel ten uitvoer te leggen. Het feit dat de officier van justitie bij de vordering tot oplegging van de maatregel een recent opgemaakt en met redenen omkleed reclasseringsrapport moet overleggen maakt dit mijns inziens niet anders. Ook de reclassering kan immers niet voorspellen hoe een delinquent zich al dan niet zal ontwikkelen. Deze onzekerheid mag er niet toe leiden dat bij twijfel over de gepastheid van de zelfstandige maatregel de rechter de sanctie maar oplegt, met de gedachte dat in een later stadium kan worden gezien of er ook tot tenuitvoerlegging moet worden overgegaan. Met de Raad voor de rechtspraak meen ik dat, gelet op de onzekerheid die met de oplegging van de zelfstandige maatregel gepaard gaat en de grote gevolgen die de zelfstandige maatregel kan hebben voor een delinquent, de rechter terughoudend zal moeten zijn met het opleggen van de zelfstandige maatregel.³¹ De keerzijde van deze terughou-

dendheid is dat de bijdrage van de zelfstandige maatregel aan het verminderen van het recidivecijfer en het vergroten van de maatschappelijke veiligheid beperkt lijkt. Of dit daadwerkelijk het geval zal zijn, zal de tijd leren.

De wetgever heeft de tweetrapsprocedure van oplegging en tenuitvoerlegging ingevoerd met het oog op de voorzienbaarheid. De delinquent weet vanaf een vroeg stadium dat hij er rekening mee moet houden dat de zelfstandige maatregel ten uitvoer kan worden gelegd. De keerzijde hiervan is dat hij lange tijd in onzekerheid moet leven. De delinquent weet niet of de maatregel na het uitzitten van zijn gevangenisstraf dan wel na het eindigen van de terbeschikkingstelling daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd en, indien dit het geval is, hoelang hij dan nog onder toezicht staat en aan welke voorwaarden hij wordt geacht zich te houden. Het is niet ondenkbaar dat delinquenten dit als een uitzichtloze situatie zullen beschouwen en hierdoor niet gemotiveerd zullen zijn om tijdens de gevangenisstraf of de tbs-maatregel mee te werken aan gedragsverandering en enig reclasseringscontact.³² De zelfstandige maatregel heeft dan een averechts effect. De zelfstandige maatregel draagt ook dan niet bij aan het vergroten van de veiligheid en het verlagen van het recidivecijfer. Verder is het opmerkelijk en bezwaarlijk dat in de nieuwe wet (nagenoeg) niets is geregeld over de te volgen procedure bij de vordering tot tenuitvoerlegging en verlenging van de maatregel. In artikel 38aa, eerste lid, Sr is alleen geregeld dat de vordering tot tenuitvoerlegging moet worden ingediend bij de rechter die in eerste aanleg kennisgenomen heeft van het misdrijf ter zake waarvan de maatregel is opgelegd. Op grond van artikel 38ac, eerste lid, Sr moet deze rechter ook beslissen over het al dan niet verlengen van de maatregel. Hoe deze procedure er verder moet uitzien is niet wettelijk geregeld. Het verdient aanbeveling dit alsnog te doen. Gelet op de grote belangen van de delinquent (onder andere het belang om in vrijheid te kunnen leven) en de samenleving is het, mijns inziens, van belang dat zowel de procedure waarin de vordering tot tenuitvoerlegging wordt behandeld als de procedure waarin wordt besloten over het al dan niet verlengen van de maatregel op een openbare zitting worden behandeld. Daarbij moet zowel aan het Openbaar Ministerie als de delinquent het recht worden gegeven om getuigen en deskundigen te doen oproepen voor de zitting. Alleen dan kan het Openbaar Ministerie de vordering tot tenuitvoerlegging dan wel verlenging optimaal onderbouwen en de

29 Zie art. 38aa lid 2 Sr.

30 Zie bijv. *Kamerstukken I* 2014/15, 33816, B, p. 10.

31 Raad voor de rechtspraak, *Advies wetsvoorstel langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking* (advies van 18 juni 2012).

32 Op grond van art. 38z lid 2 jo art. 38aa lid 2 Sr moet de officier van justitie bij zowel de vordering tot oplegging van de maatregel als bij de vordering tot tenuitvoerlegging van de maatregel een met redenen omkleed reclasseringsadvies overleggen. In dit advies moet de reclassering de rechter o.a. informeren over het recidiverisico van de betreffende delinquent.

delinquent zich optimaal verdedigen. Voor een optimale verdediging is het tevens van belang dat de delinquent zich door een raadsman moet kunnen laten bijstaan. Ook dit is niet in de Wet langdurig toezicht geregeld. Het is de taak van de wetgever om dit alsnog zo spoedig mogelijk te regelen. Naar mijn mening moet op verzoek van de delinquent zowel bij de tenuitvoerleggingsbeslissing als de verlengingsbeslissing een raadsman aan hem worden toegevoegd. Ondanks dat er veel voor de delinquent op het spel staat, ben ik geen voorstander van verplichte rechtsbijstand. De betreffende delinquent moet zelf beslissen of hij bijstand wil. Uiteraard moet de delinquent ook de kans worden geboden om zich te laten bijstaan door een door hem zelf gefinancierde raadsman. Een ander bezwaar is het feit dat de rechter de tenuitvoerlegging van de maatregel gelast voor een periode van minimaal twee jaar. Ook bij de beslissing tot verlenging van de tenuitvoerlegging moet de maatregel voor minimaal twee jaar worden opgelegd. Voormalig staatssecretaris Teeven motiveert dit als volgt:³³

‘Voor een minimumtermijn van twee jaar is voorts gekozen om redenen van doelmatigheid en proceseconomie. Ervaring in de praktijk leert dat een gedragsverandering niet van de ene op de andere dag is gerealiseerd. Een langere toezichtperiode is in dergelijke gevallen noodzakelijk om vast te kunnen stellen of de gewenste gedragsverandering standhoudt en risico's beheersbaar geworden zijn.’

Middels het voorafgaande gaat de staatssecretaris allereerst voorbij aan de situatie waarbij een delinquent reeds tijdens zijn detentie intensief heeft gewerkt aan gedragsverandering, maar ten tijde van zijn vrijlating nog niet zeker is of de gewenste gedragshouding standhoudt en daardoor de maatregel ten uitvoer wordt gelegd. In zulke situaties zou één jaar tenuitvoerlegging voldoende kunnen zijn. Door het opleggen van twee jaar duurt de maatregel langer dan noodzakelijk. Verder gaat de staatssecretaris voorbij aan de situatie waarbij alleen vrijheidsbeperkende en geen gedragsbeïnvloedende voorwaarden worden opgelegd. Sommige vrijheidsbeperkende voorwaarden, zoals een beperking van het recht om Nederland te verlaten, hebben verstrekende gevolgen. De noodzaak voor het opleggen van deze voorwaarden zou mijns inziens ieder jaar getoetst moeten kunnen worden (indien de rechter dit noodzakelijk acht). Ik wil niet zeggen dat de rechter in ieder geval elk jaar de tenuitvoerlegging moet toetsen, maar de rechter moet op zijn minst de mogelijkheid hebben om de tenuitvoerlegging voor één jaar te gelasten. Alleen op die manier kan de rechter de maatregel daadwerkelijk afstem-

men op de persoon van de veroordeelde en het door hem gepleegde delict. Ik adviseer de wetgever dan ook de wet zodanig aan te passen dat de tenuitvoerlegging en de verlenging van de zelfstandige maatregel ook één jaar kan duren.³⁴ Tot slot wil ik nog op het bezwaar wijzen dat er geen keiharde (juridische) stok achter de deur is als de veroordeelde de zelfstandige maatregel niet naleeft. Op grond van artikel 38ag, derde lid, Sr juncto artikel 38w Sr juncto artikel 38x Sr kan weliswaar vervangende hechtenis worden opgelegd, maar deze is slechts beperkt in duur. Conform artikel 38w, tweede en derde lid, Sr kan de vervangende hechtenis minimaal drie dagen en maximaal zes maanden duren. Gedurende de vervangende hechtenis wordt de looptijd van de zelfstandige maatregel stopgezet.³⁵ Afhankelijk van de ingrijpendheid van de gestelde voorwaarden zou een veroordeelde door het gestructureerd schenden van de voorwaarden kunnen bewerkstelligen dat de mogelijke vervangende hechtenis geheel wordt ondergaan, om vervolgens ‘verlost’ te zijn van de greep van de zelfstandige maatregel. Zo kan zich de situatie voordoen dat een veroordeelde de maximaal toegestane vervangende hechtenis heeft ondergaan, maar dat de maatregel nog een aantal jaren voortduurt. De veroordeelde wordt geacht zich dan wel te gedragen overeenkomstig de voorwaarden, maar drukmiddelen om dat te bevorderen zijn er niet meer. Om een situatie te voorkomen dat de veroordeelde ongestraft de maatregel (voorwaarden) niet naleeft, wordt in de Kamerstukken het volgende scenario voorgespiegeld: de rechter (ex art. 38ae Sr) kan op vordering van het OM de duur van de maatregel verkorten, maar met de vordering tot verkorting van de looptijd zou het OM tevens een vordering tot verlenging van de maatregel kunnen indienen. Als de rechter beide vorderingen toewijst, gaat er een nieuwe maatregel lopen. Aan de veroordeelde kan dan opnieuw maximaal zes maanden vervangende hechtenis worden opgelegd als hij de gestelde voorwaarden niet naleeft.³⁶ Het is denkbaar dat de hiervoor beschreven werkwijze wellicht één à twee keer zal worden toegepast, maar daarna niet meer. Het kost veel geld en tijd om iedere keer een dergelijke procedure op te starten. Dit is zonde, met name als vooraf al duidelijk is dat de delinquent wederom niet gaat meewerken. Het is niet onwaarschijnlijk dat de delinquent in dit geval vaak aan het langste eind zal trekken. Indien dit het geval gaat zijn, zal de zelfstandige maatregel (wederom) niet bijdragen aan het

33 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 38.

34 Zie in dit verband ook S. Meijer, ‘De gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende toezichtsmaatregel als instrument in de strijd voor de maatschappelijke (schijn)veiligheid’, in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 397.

35 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 3, p. 43.

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33816, 6, p. 51.

vergroten van de maatschappelijke veiligheid. Daarbij kan worden gesteld dat het door staatssecretaris Teeven voorgesteld scenario neigt naar oneigenlijk gebruik van het recht. De mogelijkheid tot het verkorten van de maatregel is niet bedoeld om het probleem van de weigerende delinquent op te lossen. Een mogelijke oplossing voor voornoemd probleem is het verhogen van de maximale duur van de vervangende hechtenis. Wellicht dat één of anderhalf jaar vervangende hechtenis de delinquent alsnog kan overhalen om de maatregel na te leven. Of dit daadwerkelijk het geval is, zal moeten blijken uit onderzoek van bijvoorbeeld het WODC.

5 Tot besluit

Hiervoor is een aantal voor- en nadelen van de zelfstandige maatregel besproken. Een aantal bezwaren is reeds door diverse Kamerleden en adviesinstanties bij de behandeling

van het wetsvoorstel naar voren gebracht. De staatssecretaris heeft helaas geen gehoor gegeven aan deze bezwaren. Verder heeft de staatssecretaris een aantal zaken niet geregeld. Een voorbeeld hiervan is de toevoeging van een raadsman aan de veroordeelde. Het is naar mijn mening van belang dat de wetgever dit laatste alsnog gaat regelen. Hoe de tenuitvoerlegging van de zelfstandige maatregel in de praktijk gaat uitpakken, moet nog blijken. Gelet op de bezwaren lijkt het mij niet onverstandig de zelfstandige maatregel binnen afzienbare tijd na inwerkingtreding te evalueren, op voorwaarde dat de zelfstandige maatregel voldoende keren is opgelegd en ten uitvoer gelegd.



36. Terugvordering van de kosten van rechtsbijstand

In het najaar zullen de eerste veroordeelden worden geconfronteerd met weer een volgende financiële sanctie. Naast een eventueel opgelegde geldboete, een toegewezen vordering benadeelde partij, een schadevergoedingsmaatregel en een voordeelsontneming, kan de veroordeelde dan worden geconfronteerd met een terugvordering van de kosten voor rechtsbijstand. In deze bijdrage bespreek ik de nieuwe terugvorderingsregeling, en zet ik kanttekeningen bij de verenigbaarheid van deze regeling met art. 6 EVRM en het recht van de Europese Unie.

1 Inleiding

Een zwakke plek in ons stelsel van gefinancierde rechtsbijstand is altijd geweest dat in beginsel alleen onderscheid wordt gemaakt tussen verdachten die onder en verdachten die boven de toevoegingsgrens¹ vallen. Deze laatste categorie verdachten wordt dan geacht alle kosten van rechtsbijstand vervolgens zelf te (kunnen) betalen – ongeacht de vraag welke verdedigingsinspanningen in hun zaak noodzakelijk zijn. Daarin wordt immers niet gedifferentieerd. Dat systeem betekent in beginsel dat een verdachte met een inkomen nog onder modaal² in ongeacht welke zaak, alle verdedigingsinspanningen zelf zal moeten betalen. Dat veel verdachten vervolgens feitelijk niet in staat zijn de voor een behoorlijke verdediging noodzakelijke kosten op te brengen, is tot op heden steeds vakkundig genegeerd of als *collateral damage* aanvaard.

De strengheid van dit systeem wordt gemitigeerd door de figuur van de ambtshalve toevoeging. Deze wordt afgegeven zodra een bevel bewaring is verleend (art. 40 Sv), en kan door de rechter worden afgegeven als een processuele verdedigingsnoodzaak bestaat (art. 41 lid 2 en 187a Sv). In de ernstigste zaken – moord, doodslag, terrorisme, verkrach-

ting, drugs – wordt veelal voorlopige hechtenis toegepast en wordt daarom een ambtshalve toevoeging afgegeven. Dit zijn ook precies het soort zaken waarvan je moet verwachten dat daarin het meeste verdedigingswerk zal moeten worden verricht. Het effect van de ambtshalve toevoeging is dan ook dat de verdachte die niet in aanmerking komt voor gefinancierde rechtsbijstand omdat hij (net) boven de toevoegingsgrens valt (en die dus maar heel weinig geld aan zijn verdediging kan besteden) toch een behoorlijke verdediging kan krijgen. Want als hij voor zo'n zware zaak zijn advocaat zelf zou moeten betalen, dan kon hij dat niet.

Deze mitigerende factor in het systeem van gefinancierde rechtsbijstand is per 1 maart 2017 afgeschaft.

2 Terugvordering van de kosten voor gefinancierde rechtsbijstand

Op 1 maart 2017 is in werking getreden de Wet van 17 november 2016, houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen.³ Daarbij is een nieuw lid 3 in artikel 43 Wet op de rechtsbijstand (Wrb) ingevoegd, waarvan het centrale onderdeel luidt:

1 Een fiscaal inkomen van € 26.400,= of heffingsvrij vermogen van € 21.330,=.

2 Een modaal inkomen is ca. € 35.000,= per jaar.

3 Stb. 2016, 476.

‘Indien een raadsman is aangewezen krachtens artikel 39, 40 of 41 van het Wetboek van Strafvordering en indien de uitspraak tegen de veroordeelde onherroepelijk is geworden, kan het bestuur het bedrag ter hoogte van de vergoeding, bedoeld in artikel 37, vorderen van de veroordeelde wiens financiële draagkracht de in artikel 34 genoemde bedragen overschrijdt.’

Artikel 43, vierde lid, Wrb bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nadere regels kunnen worden gesteld omtrent het bepaalde in het derde lid. Zo’n AMvB is (nog) niet tot stand gekomen, en deze zal er volgens de wetsgeschiedenis ook alleen maar komen als er in de uitvoering knelpunten blijken te ontstaan die moeten worden opgelost.⁴ De artikelen 39, 40 en 41 Sv hebben betrekking op respectievelijk:

- de (piket)aanwijzing van een advocaat aan de in verzeke- ring gestelde verdachte (art. 39 Sv);
- de aanwijzing na een bevel bewaring (art. 40 Sv);
- de aanwijzing van een raadsman aan de verdachte die uit anderen hoofde van zijn vrijheid is beroofd (art. 41 lid 1 Sv); en
- de aanwijzing door de voorzitter van het gerecht die, nadat de zaak op de terechtzitting aanhangig is gemaakt, van oordeel is dat aan een verdachte die zich in vrijheid bevindt en die geen raadsman heeft, in het belang van zijn verdediging rechtsbijstand moet worden verleend (art. 41 lid 2 Sv).

Deze aanwijzingen – en met name die van de artikelen 40 en 41 Sv – waren voorheen bekend als de ‘ambtshalve toevoegingen’. Omdat dit begrip zo ingeburgerd is, zal ik in het navolgende niet de nieuwe term ‘aanwijzing’ gebruiken, maar blijven spreken van ‘ambtshalve toevoegingen’.

De hoogte van de vergoeding bedoeld in artikel 37 Wrb die voorwerp wordt van de terugvordering is het totaal van de vergoeding die de rechtsbijstandverlener van de Raad voor Rechtsbijstand heeft ontvangen voor de bijstand aan de rechtszoekende. Dat omvat mede de omzetbelasting die over de vergoeding is verschuldigd (art. 37 lid 1 en 2 Wrb).⁵ Het kostenverhaal ziet kortom op het gehele bedrag dat door de Raad aan de rechtsbijstandverlener is uitgekeerd, inclusief de piketvergoeding, de reiskosten en de eventuele vergoedingen voor extra uren in bewerkelijke zaken.⁶

Als gezegd is een AMvB die de toepassing van deze terugvorderingsmogelijkheid nader normeert niet tot stand gekomen. Daarmee is ruim baan gegeven aan ‘het bestuur’ van de Raad

voor Rechtsbijstand om deze terugvorderingsbevoegdheid naar eigen inzicht in te vullen. Die ruimte heeft de Raad genomen door een eigen terugvorderingsregeling te ontwikkelen. Deze is niet als zodanig gepubliceerd. Slechts via de website van de Raad voor Rechtsbijstand wordt informatie verstrekt over de toepassing die de Raad aan deze wettelijke regeling geeft.⁷ Daarnaast is op vragen van de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NVSA) door de Raad aanvullende informatie verstrekt, die echter nergens is gepubliceerd. De beperkte kenbaarheid van de wijze waarop de terugvorderingsbevoegdheid daadwerkelijk zal worden uitgeoefend is op zichzelf al bezwaarlijk. Het brengt tevens met zich dat hetgeen in het navolgende wordt gerelateerd met één penningstreek van de Raad voor Rechtsbijstand ook weer anders kan worden of achterhaald kan blijken te zijn. Het is dus oppassen geblazen.

3 De uitvoering door de Raad voor Rechtsbijstand

Wie kennisneemt van de Q&A’s op de website van de Raad, kan slechts tot de conclusie komen dat de Raad de ‘kan’-bepaling uit de wet uitvoert alsof het een ‘moet’-bepaling betreft. De Raad zal in alle gevallen waarin een onherroepelijke veroordeling is uitgesproken overgaan tot kostenverhaal:⁸

‘Na afloop van de procesgang ontvangt de Raad voor Rechtsbijstand een bericht of er sprake is van een onherroepelijke veroordeling. In deze dossiers voert de Raad een inkomens- en vermogenstoets uit en vraagt hiervoor de financiële gegevens van de veroordeelde op bij de Belastingdienst. Het peiljaar voor deze toetsing is twee jaar vóór het moment waarop de Raad de last tot toevoeging heeft geregistreerd. De veroordeelde betaalt de kosten van rechtsbijstand zelf bij een onherroepelijke veroordeling en als zijn of haar draagkracht hoger is dan de inkomens- en vermogensgrens, als bedoeld in de Wet op de Rechtsbijstand.’⁹

⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34159, 3, p. 32.

⁵ Zo ook de MvT: Kamerstukken II 2014/15, 34159, 3, p. 32-33.

⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34159, 6, p. 26.

⁷ www.rvr.org/nieuws/2017/februari/per-1-maart-maatregel-kostenverhaal-draagkrachtig-veroordeelden.html; www.rvr.org/nieuws/advocaten/2017/maart/veel-gestelde-vragen-en-antwoorden-verhaal-kosten-rechtsbijstand-op-draagkrachtige-onherroepelijk-veroordeelden.html.

⁸ Dit beleidsuitgangspunt lijkt ook besloten te liggen in de wetsgeschiedenis, nu daarin slechts een zeer beperkte uitzondering voor het verhaal wordt benoemd: ‘Het nieuwe artikel 43, derde lid, Wrb verplicht de raad voor rechtsbijstand niet in alle gevallen waarin sprake is van een onherroepelijke veroordeling de kosten te verhalen. In de rede ligt dat wordt afgezien van verhaal indien de verdachte weliswaar onherroepelijk is veroordeeld, maar hem geen straf is opgelegd’ (Kamerstukken II 2015/16, 34159, 6, p. 26).

⁹ www.rvr.org/nieuws/2017/februari/per-1-maart-maatregel-kostenverhaal-draagkrachtig-veroordeelden.html.

De regeling wordt door de Raad toepasselijk geacht op alle ambtshalve toevoegingen, in eerste aanleg en in hoger beroep, die ná 1 maart 2017 zijn afgegeven. De Raad omschrijft deze als ‘ambtshalve toevoegingen met de codes: S010, S030, S040 en S050, eerste aanleg en hoger beroep’.¹⁰ Deze aanduidingen zijn bureaucratisch, in deze zin dat dit de codes zijn die de Raad zélf in zijn eigen werkprocessen al sinds jaar en dag aan (bepaalde) strafrechtelijke toevoegingen hecht. Zo is S010 de code voor toevoeging die ziet op een kantonrechterovertreding, S040 ziet op een zaak voor de politierechter en S050 op een MK-zaak. Deze codes onderscheiden niet naar de wettelijke grondslag waarop de toevoeging is afgegeven. Dat klemmt in het geval de last tot toevoeging op de voet van artikel 187a Sv is afgegeven. Volgens deze bepaling kan de rechter-commissaris aan een verdachte die geen raadsman heeft een last tot toevoeging afgegeven als – samen – ten overstaan van de rechter-commissaris een verhoor plaatsvindt waarbij de raadsman van de verdachte aanwezig zou mogen zijn. De ambtshalve toevoeging ex artikel 187a Sv wordt niet genoemd in artikel 43, derde lid, Wrb – en valt daarom naar de letter van de wet buiten de terugvorderingsregeling. Desniettegenstaande zal de Raad ook deze categorie ambtshalve toevoegingen in de terugvorderingsregeling betrekken.¹¹ De Raad differentieert slechts op grond van de eigen interne toevoegingscodes, en een uitgangspunt van onze democratische rechtsstaat is nu eenmaal dat de wet zich moet voegen naar de noden van de bureaucratie ...

Als de verdachte in eerste aanleg wordt vrijgesproken en later in hoger beroep toch wordt veroordeeld, worden ook de kosten voor de eerste aanleg verhaald. Er geldt geen uitzondering op de regeling kostenverhaal als de verdachte wordt vrijgesproken voor de belangrijkste feiten en de uiteindelijke veroordeling slechts ziet op een klein of ondergeschikt feit.¹² Van belang is met name hoe invulling wordt gegeven aan het in artikel 43, derde lid, Wrb opgenomen criterium dat de ‘financiële draagkracht de in artikel 34 genoemde bedragen overschrijdt’. Via artikel 34a Wrb (dat in art. 43 lid 3 Wrb van overeenkomstige toepassing is verklaard) zijn daarvoor de inkomensgegevens in het peiljaar bepalend. Artikel 1 Wrb definieert het peiljaar als het tweede kalenderjaar dat voorafgaat aan het kalenderjaar waarin de aanvraag om een toevoeging wordt gedaan.

De minister meldt in de nota naar aanleiding van het verslag:¹³

‘Omdat aan een ambtshalve toevoeging geen aanvraag voorafgaat, zal in de uitvoering worden aangesloten bij het moment dat het meest met het moment van aanvraag vergelijkbaar is, namelijk het moment waarop de last tot ambtshalve toevoeging is gegeven.’

Op verzoek van de rechtszoekende kan het peiljaar worden verlegd naar het jaar waarop de toevoeging is afgegeven als sprake is van een terugval in inkomen of vermogen (art. 34c Wrb). De inkomens- en vermogenspositie van de veroordeelde in het jaar waarin de beslissing tot terugvordering wordt genomen is niet relevant.¹⁴

Indien in het peiljaar het fiscaal inkomen hoger is dan € 26.400,= of het heffingsvrij vermogen hoger is dan € 21.330,=, worden de kosten voor rechtsbijstand die door de Raad aan de rechtsbijstandverlener zijn betaald teruggevorderd, ongeacht het bedrag waarop die kosten belopen. Bij gebreke van volledige betaling kan het bestuur het bedrag invorderen bij dwangbevel.

Het gekozen meetmoment leidt tot allerhande willekeurige en nauwelijks te rechtvaardigen verschillen in behandeling. Neem het voorbeeld van een verdachte die wordt aangehouden op verdenking van bijvoorbeeld moord. Bepalend voor de vraag of de kosten van rechtsbijstand zullen worden teruggevorderd is (na een peiljaarverlegging) het inkomen van de verdachte in het jaar waarin hij een ambtshalve toevoeging heeft gekregen. Dat is (nu nog)¹⁵ het jaar waarin de verdachte in bewaring is gesteld. Als de verdachte in de herfst van dat jaar wordt aangehouden, heeft hij in het lopende jaar mogelijk meer dan € 26.400,= verdiend, en worden na een veroordeling de kosten van rechtsbijstand op hem verhaald. Wordt hij echter in het voorjaar aangehouden, dan zal hij dit bedrag waarschijnlijk nog niet bij elkaar hebben verdiend, en procedeert hij dus kosteloos.

Als we het in een notendop proberen samen te vatten, dan is de conclusie dat met de nieuwe regeling het systeem van ambtshalve toevoegingen eigenlijk is vervangen door een systeem van ambtshalve *bevoorschotting*. Een ambtshalve toevoeging betekent niet meer dat de verdachte kosteloos procedeert. Hij blijkt alleen nog maar kosteloos te hebben geprocedeerd als hij wordt vrijgesproken, dan wel in het geval

10 www.rvr.org/nieuws/advocaten/2017/maart/veel-gestelde-vragen-en-antwoorden-verhaal-kosten-rechtsbijstand-op-draagkrachtige-onherroepelijk-veroordeelden.html.

11 Volgens mondelinge mededelingen van contactpersonen van de Raad gedaan jegens functionarissen van de NVSA.

12 www.rvr.org/nieuws/advocaten/2017/maart/veel-gestelde-vragen-en-antwoorden-verhaal-kosten-rechtsbijstand-op-draagkrachtige-onherroepelijk-veroordeelden.html.

13 *Kamerstukken II* 2015/16, 34159, 6, p. 6.

14 *Ibidem*.

15 Ook dit staat op de helling, zie het voorstel voor de Wet duurzaam stelsel rechtsbijstand. Bespreking van de verdere afbraak van het systeem die daarin wordt voorgesteld gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

na een veroordeling blijkt dat hij (op grond van zijn inkomens- en vermogenspositie in het peiljaar) op het moment van het verstrekken van de ambtshalve toevoeging ook in aanmerking had kunnen komen voor een toevoeging op verzoek. Dit is een fundamentele wijziging in de uitgangspunten die aan het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand ten grondslag liggen, waarvan het belang nauwelijks kan worden overschat. De ernst van de verdenking, het gewicht van de zaak, het idee dat sommige beschuldigingen zo ernstig zijn dat het een eis van elementaire rechtvaardigheid is dat de verdachte kosteloos rechtsbijstand krijgt om zijn recht op een eerlijk proces te effectueren, het zelfstandige belang van een goede rechtsbedeling, de vraag welke kosten voor de verdachte redelijkerwijs te dragen zijn, het telt allemaal niet meer mee als de verdachte in het peiljaar meer dan € 26.400,= heeft verdiend. En dat voor een bezuinigingsmaatregel waarvan de jaarlijkse opbrengst wordt geschat op een luttel € 1,7 miljoen.¹⁶

4 Keuzestress voor de verdachte, dilemma voor de raadsman

Als gezegd ziet de terugvordering op het gehele bedrag dat door de Raad aan de rechtsbijstandverlener is uitgekeerd, inclusief eventuele vergoedingen voor reiskosten en extra uren in bewerkelijke zaken. Met name in dat laatste geval is er geen maximum aan het bedrag waarop de kosten voor rechtsbijstand kunnen uitkomen.¹⁷ Immers, afhankelijk van de complexiteit en omvang van de zaak worden aanvullende verzoeken om extra uren aan de zaak te mogen besteden door de Raad voor Rechtsbijstand (al dan niet) goedgekeurd. Dat betekent dat de kosten voor de raadsman gemakkelijk kunnen oplopen tot tienduizenden euro's per instantie. In zogenoemde megazaken belopen die kosten per instantie soms honderdduizenden euro's.¹⁸ Als vuistregel geldt daarom: hoe zwaarder de zaak, hoe omvangrijker de noodzakelijke rechtsbijstand en hoe hoger dus het bedrag dat op de veroordeelde wordt verhaald.

In de wetsgeschiedenis is gesproken over de omvang van de bedragen die met de terugvordering zouden zijn gemoeid. De minister heeft daarbij getallen over het jaar 2012 aangedragen. 78% van de vergoedingen die in dat jaar zijn vastgesteld had volgens de minister betrekking op bedragen

van € 2000,= of minder.¹⁹ De keerzijde is dan, zo kunnen wij afleiden, dat in 2012 ruim 20% van de vaststellingen boven de € 2000,= uitkwam, waarbij onbekend is welk percentage boven – bijvoorbeeld – € 50.000,= of € 100.000,= uitkwam. In deze categorie kan de terugvorderingsregeling dan ook op zeer omvangrijke bedragen betrekking hebben – en dus zwaarwegende financiële consequenties hebben voor de veroordeelde.

De verdachte kan al bij de afgifte van de ambtshalve toevoeging zelf een inkomensverklaring aanvragen, 'waaruit blijkt of het inkomen en vermogen hoger zijn dan is toegestaan'.²⁰ Langs die weg krijgt de verdachte dus aan het begin van zijn proces duidelijkheid over de vraag of hij in geval van onherroepelijke veroordeling alle kosten van zijn verdediging zal hebben terug te betalen. Indien dit het geval is, legt de wetenschap dat hij bij een veroordeling de financiële consequenties zal ervaren, bij hem de vraag neer welke bijstand hij zijn ambtshalve toegevoegde advocaat moet laten bieden. De vanzelfsprekendheid van dit gevolg blijkt ook uit een van de Q&A's die de Raad voor Rechtsbijstand op zijn website heeft geplaatst:²¹

'Vraag

Moet de advocaat voor een aanvraag extra uren in een zaak waarin een last is verstrekt op voorhand toestemming vragen aan de cliënt? Het is immers de cliënt die, als hij veroordeeld wordt, daardoor een hogere vergoeding aan de Raad moet terugbetalen?

Antwoord

Het is verstandig uw cliënt vooraf goed te informeren over de regeling, de mogelijke financiële gevolgen en dus ook over de consequenties als er extra uren worden aangevraagd.'

In de inleiding wees ik al op de zwakke plek in ons stelsel van gefinancierde rechtsbijstand. Alle verdachten die boven de toevoegingsgrens vallen, worden geacht alle kosten van rechtsbijstand zelf te kunnen betalen, ongeacht de vraag wat feitelijk hun inkomen is en ongeacht welke verdedigingsinspanningen in hun zaak noodzakelijk zijn. De mitigerende

¹⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34159, 6, p. 22.

¹⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34159, 6, p. 26.

¹⁸ Auteur dezes is raadsman van een verdachte in een zaak die door justitie wordt getypeerd als een complexe beleggingsfraude met een schadebedrag van ca. € 250 miljoen. De zaak is nog niet inhoudelijk behandeld door de rechtbank. De kosten voor rechtsbijstand voor alleen deze – en niet eens de bewerkelijkste! – verdachte zullen voor alleen de eerste aanleg al ruim boven de € 300.000,= uitkomen.

¹⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34159, 6, p. 21. Het is mij overigens niet duidelijk of dat uitsluitend vaststellingen zijn die op gehele toevoegingen betrekking hebben, of dat het hier ook deelvaststellingen betreft, die slechts betrekking hebben op een pluk 'extra uren'.

²⁰ www.rvr.org/nieuws/advocaten/2017/maart/veel-gestelde-vragen-en-antwoorden-verhaal-kosten-rechtsbijstand-op-draagkrachtige-onherroepelijk-veroordeelden.html.

²¹ www.rvr.org/nieuws/advocaten/2017/maart/veel-gestelde-vragen-en-antwoorden-verhaal-kosten-rechtsbijstand-op-draagkrachtige-onherroepelijk-veroordeelden.html.

factor die vervolgens noodzakelijk is om in de zaken waarin voor een behoorlijke verdediging véél inspanningen moeten worden verricht toch te waarborgen dat de verdachte adequaat wordt verdedigd en dus een eerlijk proces krijgt, bestond in de ambtshalve toevoeging. Want als hij voor zo'n zaak zijn advocaat zelf zou moeten betalen, dan kon de verdachte dat niet.

Door de terugvorderingsregeling verdwijnt deze mitigerende factor. Immers, door de wetenschap dat de kosten voor rechtsbijstand zullen worden teruggevorderd, wordt de verdachte voor de afweging geplaagd of hij deze kosten kan en wil dragen in het geval hij (voor enig onderdeel van de tenlastelegging) veroordeeld mocht worden. Het wrange is daarbij dat naarmate de zaak zwaarder is, en er dus meer voor de verdachte op het spel staat, behoorlijke rechtsbijstand veelal vereist dat de advocaat meer uren aan de zaak besteedt. Zo dreigen juist in de zaken waar de hoogste sancties op het spel staan, voor de verdachte ook de zwaarste financiële consequenties. Juist in de zwaarste zaken zal een deel van de verdachten dan ook tot de slotsom (moeten) komen dat zij (bijvoorbeeld met een modaal inkomen van € 35.000,=) een terugvordering van de te verwachten kosten van rechtsbijstand (€ 50.000,=, € 150.000,=) niet kunnen dragen, en dat zij daarom geheel of gedeeltelijk zullen moeten afzien van rechtsbijstand.

Voor deze gevallen geldt dat het voortaan van de financiële risico-inschatting en *risk appetite* van de verdachte afhangt of en in welke mate hij gebruik kan of wil maken van de hem ambtshalve toegevoegde raadsman. In elk geval zal de verdachte ter zake een keuze hebben te maken. In het verlengde daarvan ligt dan weer dat de keuze van de verdachte dus kan inhouden dat de toegevoegde advocaat de instructie krijgt om überhaupt geen rechtsbijstand te verlenen. Een schijnbaar minder verstekkende keuze zou zijn om geen extra uren aan te vragen of om bepaalde voor de verdediging noodzakelijke of wenselijke inspanningen en werkzaamheden toch maar achterwege te laten. Deze uitkomsten zijn allemaal het noodzakelijke en kennelijk door de wetgever ook aanvaarde gevolg van de introductie van de terugvorderingsmaatregel. Inmiddels moet op grond van uitspraken van de toenmalige staatssecretaris van Veiligheid en Justitie mr. F. Teeven ('Als je aan een advocaat niet al te veel tijd geeft om aan een verdachte te besteden, dan wordt het ook niet zo veel, die verdediging')²² zelfs worden aangenomen dat deze uitkomst door de wetgever is *beoogd*.

Maar waar staat de toegevoegde raadsman, als zijn cliënt hem voorhoudt dat hij het financiële risico van een optimale

verdediging niet kan of wil dragen? In betalende zaken is de verhouding tussen advocaat en cliënt relatief eenvoudig: de cliënt betaalt, en bepaalt dan ook welke werkzaamheden de advocaat in de zaak mag verrichten. Het staat de raadsman tuchtrechtelijk niet vrij om meer kosten te maken dan waarvoor zijn cliënt hem toestemming heeft gegeven. Is de advocaat van mening dat hij door de cliënt te veel wordt beperkt, zodat hij daardoor niet in staat is om de in zijn ogen minimaal noodzakelijke werkzaamheden te verrichten om het door de cliënt geëxpliciteerde doel te bereiken, dan moet hij zich terugtrekken.

Er is geen aanleiding om van dit basispatroon af te wijken waar het toevoegingszaken betreft. Omdat de cliënt uiteindelijk degene is die het financiële risico draagt, zal de raadsman in beginsel hebben te aanvaarden dat de cliënt hem beperkt in het verrichten van de werkzaamheden die de raadsman dienstig acht voor de verdediging. Maar de omstandigheid dat de raadsman van overheidswege is toegevoegd, compliceert de vergelijking. Artikel 24, vierde lid, Wrb bepaalt dat de rechtsbijstandverlener verplicht is de nodige rechtsbijstand te verlenen zolang de toevoeging niet is gewijzigd of ingetrokken. Artikel 33, derde lid, Wrb bepaalt daarbij dat de toegevoegde rechtsbijstandverlener zich na beëindiging of intrekking van de toevoeging aan de zaak kan onttrekken – en dus niet eerder.

Zolang de toevoeging niet is ingetrokken, kan de toegevoegde raadsman zich dus niet onttrekken en is hij verplicht de nodige bijstand te leveren. Maar wat dan precies die 'nodige bijstand' inhoudt, dat wordt uit de aard der zaak niet bepaald door de wet of door de Raad voor Rechtsbijstand, maar door de verdediging. In die afweging zijn de financiële overwegingen van de verdachte tuchtrechtelijk van doorslaggevend gewicht. Anders dan in sommige buitenlandse stelsels, heeft de raadsman in het Nederlandse stelsel immers geen verplichting of verantwoordelijkheid jegens de rechterlijke autoriteiten (laat staan jegens de Raad voor Rechtsbijstand) om de verdediging op een bepaalde wijze, of met een bepaalde grondigheid of uitputtendheid, te voeren. De raadsman is in Nederland géén *officer of the court*.

Ook is mogelijk dat de verdachte zijn ambtshalve toegevoegde raadsman ontslaat, om langs die weg zeker te stellen dat er geen kosten worden gemaakt. In dat geval lost de regeling van artikel 41, tweede lid, Sv (op grond waarvan de voorzitter van het gerecht aan een verdachte in het belang van zijn verdediging een raadsman kan doen toevoegen) ook niets op. Ook daarmee kan immers niet worden afgedwongen dat de verdachte de raadsman werkzaamheden laat verrichten. Zelfs de zittingsrechter kan dus niet bewerkstelligen dat de verdachte die ter berechting voor hem verschijnt van de minimaal noodzakelijke rechtsbijstand is voorzien.

22 H. Beunders, 'De emotionalisering van het strafrecht 3. Onrust en botte bijlen', *De Groene Amsterdammer* 16 mei 2017.

Reeds nu wordt binnen de strafrechtadvocatuur gesproken over de noodzaak om andere vormen van rechtsbijstand aan te bieden voor verdachten die in zware zaken uit kostenoverwegingen slechts minimale of alleen de hoogst noodzakelijke rechtsbijstand willen ontvangen. Voor die gevallen is voorstelbaar dat de advocaat slechts een coachende rol gaat vervullen: de advocaat gaat niet naar getuigenverhoren, maar coacht in een aantal gesprekken de verdachte, die vervolgens zélf getuigen gaat horen bij de rechter-commissaris. De raadsman gaat niet naar zittingen, schrijft en houdt geen pleidooi, maar geeft de verdachte juridische voorlichting en tips, zodat de verdachte zelf zijn eigen pleidooi kan houden. Zo'n procesopstelling van de verdachte en zijn raadsman is zonder meer legitiem, omdat zij rechtstreeks voortvloeit uit de keuze die door de terugvorderingsmaatregel aan de verdachte wordt opgedrongen. De raadsman kan immers niet door de rechter of de Staat worden gedwongen om méér tijd te besteden aan de zaak – en dus méér kosten te maken – dan de verdachte hem toestaat te maken. De consequenties voor de efficiency van het proces en de kwaliteit van het rechterlijke oordeel laten zich raden. De zittingsrechter en de rechter-commissaris zullen juist in de zwaardere zaken vaker te maken krijgen met verdachten die met enige juridische coaching zélf procederen. In zulke gevallen zal de communicatie, afstemming, coördinatie en regie meer inspanningen van de rechter eisen – ervan uitgaande dat de rechter zich ook in die zaken nog verantwoordelijk voelt voor het bereiken van de juiste (bewijs) beslissing. Het is immers nog maar de vraag hoe de rechter zal reageren op een verdachte die formeel wel een raadsman heeft, maar deze verbiedt voor hem te werken.

Een andere complicerende factor heeft te maken met de communicatieve waarde van het optreden van de raadsman. De raadsman die door de financiële positie van zijn cliënt niet in staat is om een adequate verdediging te voeren, is wat mij betreft verplicht om die beperkingen ook breed aan andere procesdeelnemers te communiceren. Dat kan bij brief of in een processtuk, maar dat kan onder omstandigheden even goed of beter door – uiteraard in overleg met de cliënt – aangekondigd weg te blijven bij zittingen, verhoren of regiebijeenkomsten. Het zal in de toekomst vóórkomen dat een verdachte van – bijvoorbeeld – een dubbele moord die stelt onschuldig te zijn, uit angst voor de financiële consequenties zijn raadsman beperkt om noodzakelijke werkzaamheden te verrichten. In dat geval is het mede de taak van de raadsman om te voorkomen dat de rechter, de andere procespartijen en de samenleving als geheel denken te kunnen acteren op de onjuiste premisse dat deze verdachte, enkel omdat hem ambtshalve een raadsman is toegevoegd, adequate rechtsbijstand – en dus een eerlijk proces – heeft gekregen. Het gevaar voor de verdachte is in dit soort gevallen immers dat

het optreden van zijn raadsman een fundamenteel oneerlijke rechtsgang legitimeert. In dat licht is het onder omstandigheden dan ook te verkiezen om de tekortschietende bijstand te illustreren door een afwezige raadsman – en kan het dus in het belang van de cliënt zijn om zonder raadsman te procederen.

5 Het recht op een eerlijk proces en de jurisprudentie van het EHRM

Artikel 6, derde lid, aanhef en onder c, EVRM houdt in dat de verdachte het recht heeft:

'(...) zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen.'

In de wetsgeschiedenis is de vraag of de voorgestelde terugvorderingsregeling verenigbaar is met dit deelrecht van het recht op een eerlijk proces gesteld noch beantwoord. Die vraag verdient echter wél aandacht.

Vaste rechtspraak van het EHRM is dat bij de afweging of in het belang van een goede rechtsbedeling vereist is dat een beschuldigde wordt voorzien van kosteloze rechtsbijstand, gekeken moet worden naar de ernst van het delict, het gewicht van de mogelijke straf en de complexiteit van de zaak.²³ In de zaak *Quaranta* tegen Zwitserland was de maximumstraf voor het delict waarvoor klager terechtstond drie jaar gevangenisstraf. Deze enkele omstandigheid had moeten leiden tot het verstrekken van kosteloze rechtsbijstand *'by reason of the mere fact that so much was at stake'*.²⁴ Niet van belang is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een verdachte feitelijk en uiteindelijk niet de wettelijke maximale straf zal worden opgelegd maar een lagere.²⁵ In de zaak *Mikhaylova*²⁶ moest klaagster terechtstaan voor twee als administratieve overtredingen aangeduide feiten. Haar verzoek om bij de zittingen

23 EHRM 14 april 2003, nr. 26891/95 (*Lagerblom/Sweden*), par. 51, met een verwijzing naar EHRM 4 mei 1991, nr. 12744/87 (*Quaranta/Switzerland*) en Grand Chamber 10 juni 1996, nr. 19380/92 (*Benham/the United Kingdom*).

24 *Quaranta*, par. 33.

25 J. van de Velde, in: A.W. Heringa & J.G.C. Schokkenbroek, *EVRM Rechtspraak & Commentaar* (losbl.), Den Haag: Sdu Uitgevers, aanv. 60 (2004-7), par. 3.6.11.4.3, die daaraan nog toevoegt: 'Een dergelijk door de Zwitserse regering aangevoerd argument deed het EHRM af met de overweging dat "[...] this was no more than an estimation; the imposition of a more severe sentence was not a legal impossibility"'

26 EHRM 19 november 2015, nr. 46998/08 (*Mikhaylova/Russia*).

kosteloze rechtsbijstand te krijgen werd afgewezen. Voor één van deze feiten kon als maximumstraf vijftien dagen administratieve hechtenis worden opgelegd, de maximumstraf voor het andere feit was een administratieve boete van duizend roebel.²⁷ Concreet werden aan Mikhaylova twee boetes opgelegd van elk vijfhonderd roebel, een bedrag dat toen overeenkwam met (tweemaal) circa € 14,=.²⁸ Het EHRM herhaalt dat:

‘(...) where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation, and if the defendant cannot pay for it himself public funds must be made available.’

Met een maximale strafbedreiging van vijftien dagen administratieve hechtenis:²⁹

‘(...) a lot was at stake for the applicant [...] [T]he gravity of the penalty suffices for the Court to conclude that the applicant should have been given legal assistance free of charge since the “interests of justice” so required.’

Rechtsbijstand moet dus in beginsel worden verzekerd in elke zaak waar vrijheidsbenemende straffen kunnen worden opgelegd.³⁰

De zaken waarin in Nederland een ambtshalve toevoeging wordt verstrekt, zijn – zo kan veilig worden aangenomen – zonder uitzondering zaken waarin vrijheidsbenemende straffen kunnen worden opgelegd. Voor deze zaken dient dan ook kosteloze rechtsbijstand beschikbaar te worden gesteld, indien de verdachte niet over voldoende middelen beschikt om zelf een raadsman te bekostigen. Dat gebeurt langs de weg van de ambtshalve toevoeging.

Er is jurisprudentie van het EHRM die ziet op de vraag of na afloop van een strafzaak de kosten voor rechtsbijstand op de veroordeelde mogen worden verhaald. De centrale uitspraak in dat verband is de zaak *Croissant tegen Duitsland*.³¹ In deze zaak werd de veroordeelde aangeslagen voor een bedrag van DM 253.246,16, waarvan DM 218.863,17 bestond uit de kosten die de Staat had gemaakt voor de drie advocaten die in het belang van een goede rechtsbedeling aan de verdachte waren toegewezen. *Croissant* klaagde zich in Straatsburg tegen onder andere deze terugvorderingsmaatregel. Het EHRM overweegt:³²

‘Under German law, [...] a convicted person is in principle always bound to pay the fees and disbursements of his court-appointed lawyers, this being held to be a normal consequence of the conviction. It is only in the enforcement procedure that follows the final judgment that the financial situation of the convicted person plays a role; in this respect, it is immaterial whether he had sufficient means during the trial, only his situation after the conviction being relevant.

36. Such a system would not be compatible with Article 6 of the Convention if it adversely affected the fairness of the proceedings. However, it cannot be said that the system generally produces such a result or did so in the present case. As already stated, the appointment of the three defence counsel was compatible with the requirements of Article 6. Accordingly, it is not incompatible with that provision that the applicant is liable to pay their fees. The national courts were entitled to consider it necessary to appoint them and the amounts claimed for them are not excessive.

37. Finally, it is not necessary to decide the question whether, under a system like the German one, it would be compatible with Article 6 para. 3 (c) of the Convention for the State to continue to seek full or partial reimbursement of expenses after the convicted person has established, in the enforcement proceedings, that he lacks sufficient means to bear the costs of his defence. In this respect, the Government noted that, in accordance with the standard practice followed in the Land of Baden-Württemberg, a costs debtor who has a source of income will be granted a remission of costs only after he has made some payment towards them; where the costs are high, the greater part of them will often be remitted. [...] [T]here is no reason to doubt that, should the applicant be able to establish that he cannot afford to pay the entire amount, the relevant legislation and practice will be applied.’

Voor de Duitse terugvorderingsregeling is bepalend de inkomens- en vermogenspositie op het tijdstip van de terugvorderingsbeslissing. Daarin verschilt zij van de Nederlandse regeling, die immers slechts de financiële stand van zaken in het peiljaar in ogenschouw neemt. Dat meetmoment kan gemakkelijk meerdere jaren vóór het tijdstip van de terugvorderingsbeslissing liggen. Dat in de tussenliggende periode de financiële situatie van de veroordeelde drastisch kan zijn verslechterd – bijvoorbeeld omdat hij als gevolg van detentie zijn baan en zijn woning is kwijtgeraakt en wellicht ook nog schulden heeft opgelopen, mogelijk bestaande in een toegewezen vordering benadeelde partij en een ontnemingsvordering – is niet een besef dat bij de Nederlandse wetgever is opgekomen.³³ Voorts is van belang dat het EHRM

27 *Mikhaylova*, par. 62.

28 *Mikhaylova*, par. 14 en 15.

29 *Mikhaylova*, par. 90 en 92.

30 Van de Velde, a.w.

31 EHRM 25 september 1992, nr. 13611/88 (*Croissant/Germany*).

32 Par. 35 t/m 38.

33 Vgl. de in dit verband ronduit naïef te noemen opmerking van

uitdrukkelijk meeweegt dat in de Duitse uitvoeringspraktijk zeer ruimhartig gebruik wordt gemaakt van betalingsregelingen en dat bij hoge kosten het grootste deel daarvan veelal wordt kwijtgescholden (*'where the costs are high, the greater part of them will often be remitted'*). De Duitse soep wordt dus niet zo heet gegeten. Dat kan echter niet gezegd worden van de Nederlandse regeling. Een uitvoeringspraktijk heeft zich nog niet ontwikkeld, maar er is geen enkele aanleiding te veronderstellen dat de Raad voor Rechtsbijstand een kwijtscheldingsbeleid zal hanteren. Ook in de parlementaire gedachteswisseling zijn voor matiging geen aanknopingspunten te vinden.

Deze verschillen tussen de Duitse situatie – waarin het EHRM oordeelde dat de terugvordering niet in strijd kwam met artikel 6 EVRM – en de huidige Nederlandse zijn allerm minst triviaal. Het EHRM heeft uitdrukkelijk *niet* de vraag willen beantwoorden of het voortzetten van een terugvorderingsactie verenigbaar is met artikel 6 EVRM als de betrokkene heeft aangetoond dat hij op het moment van terugvorderen niet over voldoende middelen beschikt om de kosten die voor rechtsbijstand zijn gemaakt te betalen. Het EHRM merkt evenmin zonder reden op dat een terugvorderingsregeling onverenigbaar is met artikel 6 EVRM *'if it adversely affected the fairness of the proceedings'*.

Uit latere uitspraken van het EHRM kan blijken dat de hoogte van het teruggevorderde bedrag en de vraag of de veroordeelde in staat kan worden geacht dat bedrag te betalen, belangrijke toetsstenen zijn voor de vraag of terugvordering verenigbaar is met artikel 6 EVRM.³⁴ Op beide componenten kan de Nederlandse regeling in een concreet geval tekortschieten. Een terugvordering die € 1000,- of € 2000,- bedraagt, terwijl de veroordeelde op dat moment een redelijk inkomen heeft (en niet al te zeer wordt bezwaard door andere

nog aan de Staat te betalen geldbedragen samenhangend met de strafzaak), zal niet snel in strijd komen met artikel 6 EVRM. Maar een terugvordering (bij dwangbevel) van € 200.000,-, terwijl de veroordeelde gedetineerd is en dat voorlopig ook zal blijven, is dan bepaald problematisch. Zie ik het goed, dan zien de klachten die tot dusverre aan het EHRM zijn voorgelegd alleen op de eigenlijke terugvorderingsbeslissing. Klachten die inhouden dat wetenschap van een latere terugvordering de verdachte beperkt in zijn verdedigingsrechten in de eigenlijke strafzaak lijken nog niet aan het EHRM voorgelegd. De Nederlandse regeling geeft daar echter alle aanleiding toe.

Vaste rechtspraak van het EHRM is dat de enkele benoeming van een raadsman onvoldoende is om het recht op rechtsbijstand van artikel 6, derde lid, onder c, EVRM *'practical and effective'* te laten zijn.³⁵ De verdachte die al aan het begin van zijn proces zekerheid heeft dat hij in geval van onherroepelijke veroordeling de kosten van zijn verdediging integraal zal hebben terug te betalen, zal mogelijk uit kostenoverwegingen zijn raadsman ervan weerhouden om datgene te doen wat deze uit hoofde van een effectieve verdediging noodzakelijk acht. Daarmee wordt tot op zekere hoogte afbreuk gedaan aan het recht van artikel 6, derde lid, onder c, EVRM om:

'(...) kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen.'

Door de wetenschap dat de verdachte – ongeacht zijn latere financiële positie – de kosten voor rechtsbijstand via een terugvordering zelf zal moeten dragen, is de aangeboden kosteloze rechtsbijstand allerm minst kosteloos. De terugvorderingsregeling heeft daarmee een *chilling effect* op de vrijheid van de verdachte om zijn recht op een eerlijk proces – wat nu juist door de 'kosteloze' rechtsbijstand moet worden verwekelijkt – daadwerkelijk te effectueren. Dit *chilling effect* is – naar wij zagen – groter naar de mate waarin de zaak waarin de verdachte is betrokken zwaarder, groter of omvangrijker is en de noodzaak voor effectieve verdediging dus ook prangender is. Als de verdachte in een serieuze zaak dan daadwerkelijk uit financiële overwegingen afziet van het ten volle effectueren van zijn recht op rechtsbijstand, wordt afbreuk gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces en ligt een op artikel 6 EVRM gebaseerde klacht voor de hand.

de minister n.a.v. vragen over de inbaarheid van de opgelegde terugvorderingsmaatregel: 'Bij de verwachting ten aanzien van het percentage van de veroordeelden die in staat zullen zijn de kosten van rechtsbijstand terug te betalen staat het gegeven voorop dat het verhaal enkel plaatsvindt onder veroordeelden van wie is vastgesteld dat zij draagkrachtig zijn. Daarom mag worden aangenomen dat slechts een beperkt deel van de veroordeelden niet of niet volledig zal kunnen terugbetalen' (*Kamerstukken II 2015/16, 34159, 6, p. 8*). Kern van de zaak is natuurlijk dat door het gebruik van het peiljaar als meetmoment alleen wordt vastgesteld dat de veroordeelde *in enig jaar in het verleden* draagkrachtig was. Over de draagkracht op het moment van terugbetaling zegt dit niets.

34 Zie bijv. het oordeel van het EHRM in de zaak *Morris v. UK* (26 februari 2002, nr. 38784/97): '[...] the applicant was offered legal aid subject to a contribution of GBP 240. It does not regard the terms of the offer as arbitrary or unreasonable, bearing in mind the applicant's net salary levels at the time.' In EHRM 5 november 2015, nr. 36814/06 (*Chukayev/Russia*) ging het om terugvordering van € 30,-; EHRM 21 juni 2011, nr. 29652/04 (*Orlov/Russia*) betrof € 165,40; EHRM 12 april 2012, nr. 34184/03 (*Gennadiy Medvedev/Russia*) zag op € 170,-.

35 EHRM 21 april 1998, nr. 11/1997/795/997 (*Daud/Portugal*).

6 Europese wetgeving

Maar niet alleen in het licht van het EHRM is de nieuwe nationale terugvorderingsregeling problematisch. Zij lijkt ook moeilijk te verenigen met de verplichtingen die op grond van Europese regelgeving op Nederland rusten. Artikel 3, eerste lid, Richtlijn nr. 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen:

‘(...) dat verdachten of beklaagden recht hebben op toegang tot een advocaat, op een zodanig moment en op zodanige wijze dat de betrokken personen hun rechten van verdediging in de praktijk daadwerkelijk kunnen uitoefenen.’

Artikel 4, eerste lid, Richtlijn nr. 2016/1919/EU betreffende rechtsbijstand voor verdachten en beklaagden in strafprocedures en voor gezochte personen in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel houdt in:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat verdachten en beklaagden die onvoldoende middelen hebben om voor de bijstand van een advocaat te betalen, het recht op rechtsbijstand kunnen uitoefenen wanneer de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen.’

Bij de uitleg van deze en andere EU-richtlijnen moet rekening worden gehouden met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.³⁶ De bepalingen van het Handvest zijn van toepassing waar het EU-recht wordt geïmplementeerd of uitgevoerd.³⁷

Artikel 48, tweede lid, Handvest houdt in dat:

‘(...) aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, de eerbiediging van de rechten van de verdediging [wordt] gegarandeerd.’

De Toelichting op artikel 48 Handvest houdt in:³⁸

36 *PbEU* 2012, C 326/02, p. 391.

37 A. Klip, *European criminal law. An integrated approach*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 252. Vgl. art. 51 Handvest: ‘De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten.’

38 Vgl. R. Geiger, D.H. Khan & M. Kotzur (eds.), *European Union Treaties. A commentary*, München/Oxford: C.H. Beck Verlag/Hart Publishing 2015, p. 1071; S. Douglas-Scott, ‘The relationship between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon’, in: U. Bernitz, S.A. de Vries & S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of fundamental rights as a binding instrument*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 40. In de Toelichting op art. 52 Handvest wordt nog opgemerkt dat art. 48

‘Artikel 48 is hetzelfde als artikel 6, leden 2 en 3, van het EVRM.’

Artikel 52 Handvest bepaalt ten slotte:

‘Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend.’

De lidstaten zijn kortom krachtens Unierecht – want over de band van artikel 48 juncto artikel 52 Handvest – gehouden om artikel 6 EVRM in acht te nemen bij de implementatie en uitleg van Richtlijn nr. 2013/48/EU, Richtlijn nr. 2016/1919/EU en aanverwante richtlijnen.³⁹

Een op artikel 6 EVRM gebaseerde klacht kan dus ook worden verwerkt in een redenering die inhoudt dat de Nederlandse terugvorderingsregeling onverenigbaar is met artikel 4, eerste lid, Richtlijn nr. 2016/1919/EU, dan wel dat Nederland in een concrete zaak⁴⁰ in strijd met de op Nederland rustende verplichtingen heeft verzuimd te bewerkstelligen dat de verdachte het hem krachtens EU-recht toekomende recht op rechtsbijstand (voldoende effectief) heeft kunnen uitoefenen. Onder omstandigheden lijkt het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie dan ook aangewezen.

7 Besluit

De terugvorderingsregeling kan verdachten aan wie een ambtshalve toevoeging is verleend voor onmogelijke keuzes plaatsen. Voor de raadsman of -vrouw die zo’n verdachte bijstaat, is nu de eerste verplichting om hem voldoende voor te lichten over de consequenties van zijn keuzes, zowel in financiële zin als voor wat betreft de gevolgen voor de mogelijke uitkomst van de strafzaak. De raadsman zal zo veel mogelijk met behulp van gedifferentieerde scenario’s en daarbij behorende begrotingen de keuze van de cliënt moeten voorbereiden en ondersteunen. Een tweede functie van die keuzeondersteunende arbeid is dat aan de hand van deze scenario’s en bijbehorende begrotingen verderop in de procedure kan worden aangetoond welke inhoudelijk noodzakelijke verdedigingsinspanningen werden overwogen, maar vervolgens om financiële redenen werden nagelaten. Welke onderdelen van het dossier zijn *niet* gelezen, welke

‘correspondeert met artikel 6, leden 2 en 3, van het EVRM.’

39 Geiger, Khan & Kotzur, *a.w.*, p. 1067.

40 Die onder het werkingsbereik van Richtlijn nr. 2016/1919/EU valt, hetgeen kort gezegd vereist dat de verdachte voorlopig is gehecht: art. 2 Richtlijn nr. 2013/48/EU jo art. 2 lid 1 Richtlijn nr. 2016/1919/EU.

getuigen zijn *niet* gehoord, welke zittingen zijn *niet* door de raadsman bijgewoond, welke verweren zijn *niet* uitgewerkt, welke deskundigen zijn *niet* aangezocht of gehoord, omdat de verdachte de daarmee gepaard gaande rekening niet op zich kon nemen? Zo'n overzicht is noodzakelijk om bij de Nederlandse zittingsrechter, in Straatsburg en in Luxemburg feitelijk te onderbouwen waaruit de schending van het recht op een eerlijk proces in de voorliggende zaak precies heeft

bestaan. De noodzakelijke verdedigingswerkzaamheden die enkel om financiële redenen niet zijn verricht in een zaak waarin door een verleende ambtshalve toevoeging zogenaamd kosteloze rechtsbijstand werd gegarandeerd, vormen samen een lijst van schande, die in alle daarvoor geëigende gremia voor de voeten van de Nederlandse rechtsstaat moet worden geworpen.



37. De arbeidsrechtelijke gevolgen van wat strafrechtelijk niet mag

Wanneer een werknemer ten gevolge van een strafrechtelijke veroordeling wordt beperkt in de uitvoering van zijn werk kan dit arbeidsrechtelijke consequenties hebben. In hoeverre speelt in het arbeidsrecht de onschuldpresumptie? Wat betekent een arbeidsrechtelijke sanctie volgend op een strafrechtelijke sanctie voor het ne bis in idem beginsel? Wanneer kan de meest verstrekkende arbeidsrechtelijk maatregel van beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden ingezet? In deze bijdrage wordt ingegaan op de arbeidsrechtelijke consequenties van een strafrechtelijke veroordeling.

1 Inleiding

In het strafrecht staat de verdachte centraal en hij kan uiteindelijk de veroordeelde worden. De verdachte of veroordeelde kan in een dienstbetrekking werkzaam zijn. Daarbij kan het voorkomen dat iemand wordt verdacht van en eventueel veroordeeld voor het plegen van een strafbaar feit (tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden). Hier is een raakvlak tussen twee rechtsgebieden, het strafrecht en het arbeidsrecht, die elkaar over en weer beïnvloeden.¹ Er rijzen dan verschillende vragen. Is een aantal strafrechtelijke beginselen ook in het arbeidsrecht van toepassing, zoals (1) de onschuldpresumptie, waardoor een werkgever zou moeten wachten met het nemen van arbeidsrechtelijke maatregelen totdat er een strafrechtelijk oordeel is of (2) het ne bis in idem-beginsel, waardoor iemand niet tweemaal voor dezelfde feiten kan worden gestraft? In dat kader rijst de vraag of de strafrechter bij de strafoplegging rekening moet houden met de arbeidsrechtelijke consequenties van de veroordeling. Ook rijst de vraag of in het kader van arbeidsrechtelijke procedures typisch strafrechtelijke begrippen ook met strafrechtelijke normen moeten worden ingekleurd. Wat zijn de arbeidsrechtelijke gevolgen voor een werknemer als hij een geruime

tijd niet op het werk verschijnt als gevolg van het zijn van een verdachte of veroordeelde of als hij bijvoorbeeld wordt geconfronteerd met een ontzegging van de rijbevoegdheid? Maakt het daarbij verschil of het strafbare feit tijdens werktijd of in privéomstandigheden is gepleegd? In deze bijdrage wordt ingegaan op de meest verstrekkende consequentie van hetgeen strafrechtelijk niet mag in het arbeidsrecht en dat is de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze beëindiging kan plaatsvinden via de zogenoemde ontbindende voorwaarde of via het zogenoemde ontslag op staande voet die in paragraaf 2 onderscheidenlijk paragraaf 3 aan de orde komen. In paragraaf 4 wordt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter behandeld. De bijdrage sluit af met een slotbeschouwing.

2 De ontbindende voorwaarde

De ontbindende voorwaarde houdt in dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt met het intreden van die voorwaarde. Een ontbindende voorwaarde houdt in dat het onzeker is of, en wanneer de *gebeurtenis* zal plaatsvinden met als gevolg dat de arbeidsovereenkomst eindigt. De Hoge Raad heeft in 1992² de ontbindende voorwaarde in het ont-

1 Zie ook A.R. Houweling, 'Arbeidsrechtelijke aspecten en gevolgen van strafrecht. Wat moet de strafrechter weten over de consequenties van zijn oordeel voor het arbeidsrecht?', DD 2011/33, p. 462-483.

2 Zie HR 6 maart 1992, NJ 1992/509. Zie D. Christe, 'Hoge Raad billijkt ontbindende voorwaarde in het ontslagrecht', SR 1992, p. 342-348; E.W. de Groot, 'Hoe open is het ontslagrecht', NJB 1992, p. 1225-1232; S.W. Kuip, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde:

slagrecht geaccepteerd, zij het in beginsel. Een ontbindende voorwaarde kan, maar hoeft niet in strijd te zijn met het gesloten stelsel van het ontslagrecht.³ Of een dergelijke strijdigheid zich voordoet, zal van geval tot geval moeten worden bezien. Wel geldt als uitgangspunt dat de ontbindende voorwaarde objectief bepaalbaar moet zijn en niet afhankelijk mag zijn van de wil of subjectieve waardering van een partij. Zo kan het verlies van een voor het vervullen van de functie noodzakelijke zogenoemde Schipholpas voor een beveiliging die op Schiphol werkzaam is,⁴ die daar is aangehouden op verdenking van het plegen van een strafbaar feit en in voorlopige hechtenis is genomen, leiden tot het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst. Het simpele feit dat deze beveiliging vervolgens in vrijheid is gesteld, is voor de Voorzieningenrechter in Haarlem in mei 2006⁵ geen reden om de vordering tot tewerkstelling en loonbetaling gegrond te verklaren. Zijn belangrijkste argument is dat achteraf uit de invrijheidstelling niet zonder meer mag worden afgeleid dat de werknemer ten onrechte in voorlopige hechtenis is genomen, zeker nu een kennisgeving over de niet verdere vervolging van de werknemer dan wel enig ander stuk waaruit dit kan worden afgeleid, ontbreekt. Er zijn dan ook onvoldoende gronden om aan te nemen dat de werkgever geen beroep toekomt op de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst. Voor het ingaan van de ontbindende voorwaarde zijn de aan verdenking of veroordeling verbonden gevolgen van belang. Dat betekent dat de onschuldpresumptie en schuldvraag geen rol spelen.

3 Het ontslag op staande voet

3.1 Inleiding

Artikel 7:677, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (BW) maakt het mogelijk dat een arbeidsovereenkomst door de werkgever op grond van een dringende reden worden opgezegd. Deze opzegging moet dan wel onverwijld gebeuren. Vandaar dat

in verband hiermee ook wordt gesproken van een 'ontslag op staande voet'. Bovendien moet de reden van opzegging direct aan de werknemer worden medegedeeld. De gevolgen voor de werknemer van een ontslag op staande voet zijn verstrekend. Houweling⁶ heeft het zelfs over 'de meest draconische ontslagmodaliteit'. De werknemer wordt rauwelijks uit zijn werkkring gestoten met alle financiële en sociaal-emotionele gevolgen die dat met zich brengt. Ook zal de werknemer op grond van artikel 24 Werkloosheidswet⁷ geen aanspraak kunnen maken op een werkloosheidsuitkering. Niet voor niets stelt de Kantonrechter Roermond in februari 2017⁸ dat het ontslag op staande voet een 'ultimum remedium' is waarvan niet te vlug mag worden aangenomen dat het terecht is gegeven. Artikel 7:678, eerste lid, BW leert dat voor een werkgever een dringende reden is gelegen in 'zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer' waardoor van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Lid 2 van artikel 7:678 BW geeft een aantal voorbeelden van omstandigheden die een dringende reden kunnen opleveren. Een voorbeeld is de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt (art. 7:678 lid 2 onder d BW).⁹ Ook het grovelijk veronachtzamen van de verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien (art. 7:678 lid 2 onder k BW) of het door opzet of roekeloosheid buiten staat raken of blijven om de bedongen arbeid te verrichten (art. 7:678 lid 2 onder l BW) kan een dringende reden opleveren.

3.2 Ontslag op staande voet en detentie

3.2.1 Van 'enkele feit' naar 'alle omstandigheden van het geval'

Uit paragraaf 2 volgt de vraag of detentie voldoende reden is voor een ontslag op staande voet. Stel, een werknemer wordt gearresteerd en in detentie gehouden om vervolgens weer op vrije voeten te worden gesteld. De werkgever ontslaat de werknemer op staande voet wegens het zonder enig bericht niet op het werk verschijnen. Kan die afwezigheid hem worden toegerekend? De Hoge Raad vindt in november 1986¹⁰ van wel. Daarbij speelt wel dat de werknemer het standpunt van de werkgever dat de arrestatie wegens 'zeer ernstige mishandeling' terecht is geweest, onvoldoende heeft weerspro-

onzekerheid troef', SMA 1993, p. 163-178. Zie ook HR 1 februari 2002, «JAR» 2002/45. Zie D. Christe, 'Act of God, zegen of plaag? Over de ontbindende voorwaarde in het ontslagrecht', SR 2002, p. 102-108; J.J.M. de Laat, 'Geen lijn maar schijn? De ontbindende voorwaarde als beëindigingsgrond van de arbeidsovereenkomst', SR 2002, p. 202-204. Zie ook D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de wet werk en zekerheid', TRA 2017, nr. 3, p. 10-14.

3 Zie ook Ktr. Brielle 26 juli 1994, «JAR» 1994/205.

4 In de arbeidsovereenkomst is bepaald: 'Deze overeenkomst eindigt van rechtswege indien en zodra aan u door de daartoe bevoegde instantie geen Schipholpas, nodig voor de uitoefening van uw werk, meer wordt verstrekt.'

5 Zie V.zr. Rb. Haarlem 4 mei 2006, «JAR» 2006/126. Zie ook Hof Amsterdam 26 augustus 2014, «JAR» 2014/256, die oordeelt dat het in bezwaar alsnog verlenen van de pas de werkgever niet verplicht om de arbeidsovereenkomst te herstellen.

6 Zie Houweling, a.w., paragraaf 2.

7 Zie Wet van 6 november 1986 tot verzekering van werknemers tegen geldelijke gevolgen van werkloosheid, Stb. 1986, 566.

8 Zie Ktr. Roermond 14 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1296.

9 Zie Hof Amsterdam 17 februari 2009, «JAR» 2009/246; HR 17 december 2010, «JAR» 2011/19; Ktr. Rotterdam 21 februari 2012, «JAR» 2012/232.

10 Zie HR 14 november 1986, NJ 1987/935.

ken. Dat brengt met zich dat het enkele feit dat er sprake is van een arrestatie en de werknemer als gevolg daarvan enige tijd niet op het werk is verschenen, voldoende is om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen.¹¹ Maar dit uitgangspunt van het enkele feit verandert in de loop der tijd. Dat vloeit voort uit het standpunt van de Hoge Raad in februari 1999¹² dat bij een ontslag op staande voet met ‘alle – in onderling verband en samenhang te beschouwen – omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden’, zoals de aard en ernst van de dringende reden, de aard en duur van het dienstverband, de wijze waarop de werknemer het dienstverband heeft vervuld en de persoonlijke omstandigheden zoals de leeftijd van de werknemer en de gevolgen van het ontslag (bijvoorbeeld de positie op de arbeidsmarkt). Van Luyn en Van Poelgeest¹³ wijzen erop dat in de lagere rechtspraak een verschuiving heeft plaatsgevonden en dat het enkele feit van detentie niet (meer) zonder meer een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Wat wel een rol kan spelen, is de ernst van het strafbare feit en of er een verband bestaat tussen het strafbare feit en de arbeidsrelatie. Denk dan aan de werknemer die als accountant werkzaam is en die fraudeert in de boekhouding van een stichting buiten werktijd. Ook Bouwens en Duk¹⁴ huldigen het standpunt dat de afwezigheid op het werk als gevolg van een arrestatie door de politie niet zonder meer een dringende reden voor ontslag oplevert. Disselkoen en Jakimowicz¹⁵ vullen het gezichtspunt van Van Luyn en Van Poelgeest aan en voeren nog als aspect op of de werknemer zijn werkgever snel informeert over de detentie en de organisatorische problemen die zijn afwezigheid voor zijn werkgever met zich brengt, zoals onrust op de werkvloer bij terugkeer, het als gevolg van de detentie moeten werven en aanstellen van nieuw personeel. Zij merken op, en daarin

terecht gesteund door Houweling,¹⁶ dat loonschade geen rol kan spelen vanwege het beginsel ‘geen arbeid, geen loon’ dat in artikel 7:627 BW is neergelegd en de oorzaak van het door de werknemer niet (kunnen) werken niet in de risicosfeer van werkgever ligt, zodat deze laatste op grond van artikel 7:628, eerste lid, BW dan ook geen loon hoeft door te betalen.

3.2.2 Invulling van ‘alle omstandigheden van het geval’

In december 2010 gaat de Hoge Raad¹⁷ mee met de hiervoor geschetste nuancering, ook als er sprake is van een (onherroepelijk veroordeling tot) vrijheidsbeneming. Daarbij speelt dat de werknemer in kwestie zijn werkgever direct over zijn detentie heeft geïnformeerd. De Hoge Raad wijst hiermee een soort vuistregel van de hand, dat het ontslag op staande voet bij een onherroepelijke veroordeling gerechtvaardigd is, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Ook bij een onherroepelijke veroordeling moet een toetsing plaatsvinden aan ‘alle omstandigheden van het geval’ (zie paragraaf 3.2.1) en dus of de omstandigheden ernstig genoeg zijn om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Dit is overigens een zaak voor de feitenrechter en kan door de Hoge Raad maar marginaal worden getoetst. Wel geeft de Hoge Raad aan dat van belang is of het strafbare feit (a) verband houdt met de werkzaamheden bij de werkgever (in dit geval ontslag met een minderjarige zoon en kredietadministrateur bij een bank), (b) zich geheel in de privésfeer heeft voltrokken, (c) het functioneren van de werknemer niet negatief heeft beïnvloed, (d) de werknemer steeds voortreffelijk heeft gefunctioneerd en (e) de werkgever geen directe schade heeft als gevolg van de langdurige detentie (twee jaar). Deze gezichtspunten worden door de Hoge Raad afgezet tegen (f) de ernst van het strafbare feit, (g) de verwachte onrust op de werkvloer en (h) het geschonden vertrouwen van de werkgever. Als deze verschillende gezichtspunten worden gelegd naast ‘alle omstandigheden van het geval’ (zie paragraaf 3.2.1), kan worden gesteld dat de onder c en d gegeven gezichtspunten samenvallen met de wijze waarop de werknemer zijn functie vervult; de relatie tussen de strafbare en het werk die is aangegeven in de gezichtspunten a, b en g kan onder de aard en ernst van de dringende reden worden geschoven; de overige gezichtspunten zijn in de literatuur (zie paragraaf 3.2.1) onderwerp van discussie geweest. Met het vorenstaande geeft

-
- 11 Zie W.L. Harenberg, ‘Verzuim wegens hechtenis’, *ArbeidsRecht* 1995, nr. 5, p. 8-10; F.W.G. Ambachtsheer, ‘Einde van de dienstbetrekking wegens (verdenking van) misdrijf’, *ArbeidsRecht* 1997, nr. 10, p. 5-9; P.J. Jansen, ‘Ontslag en ontbinding wegens verzuim door detentie’, *ArbeidsRecht* 1998, nrs. 6/7, p. 19-24; Houweling, a.w.
- 12 Zie HR 12 februari 1999, «JAR» 1999/102. Zie ook J.A.J. Peeters, ‘De man met de hamer’, *SMA* 1999, p. 135-137; S.F. Sagel, ‘Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval’, *ArbeidsRecht* 1999, nrs. 6/7, p. 10-16; L.H. van den Heuvel, ‘Ontslag op staande voet, kan dat nog?’, *ArA* 2001, nr. 2, p. 81-91.
- 13 Zie B.P. van Luyn & J.M. van Poelgeest, ‘Einde van de arbeidsovereenkomst wegens detentie’, *ArbeidsRecht* 2005, nr. 12, p. 28-34.
- 14 Zie W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 465.
- 15 Zie V. Disselkoen & C.M. Jakimowicz, ‘Ontslag op staande voet’, in: *Sdu commentaar arbeidsrecht thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 1011. Zie ook P. Kruit & C.M. Jakimowicz, ‘Ontslag op staande voet’, in: *Sdu commentaar arbeidsrecht thematisch*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 1520.

16 Zie Houweling, a.w., paragraaf 3.

17 Zie HR 17 december 2010, «JAR» 2011/19. Zie J. van Drongelen, ‘Ontslag (op staande voet) en detentie’, *Sociale Zaken Actueel* 2011, nr. 6, p. 7-8; S.F. Sagel, ‘Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?’, *TRA* 2011, nr. 3, p. 5-10 (hierna: Sagel 2011a); C.J. Frikkee, ‘Ontslag op staande voet wegens strafrechtelijke veroordeling’, *TRA* 2011, nr. 3, p. 25-27; Houweling, a.w., paragrafen 4-5.

de Hoge Raad handvatten voor de rechtspraak hoe om te gaan met ontslag en detentie.

3.2.3 Nogmaals nadere invulling van 'alle omstandigheden van het geval'

Quist¹⁸ ontleent aan de lagere rechtspraak dat waarde wordt toegekend aan:

- of de goede naam van de werkgever is geschaad;
- of het strafbare gedrag van de werknemer een incident is, dus een eenmalige gebeurtenis;
- of de werknemer het strafbare feit heeft erkend;
- of de werknemer weinig (meer) van doen heeft met zijn werkgever en zijn collega's, bijvoorbeeld daar waar sprake is van een 'papieren dienstverband' als gevolg van arbeidsongeschiktheid;
- of de jegens de werknemer uitgesproken strafrechtelijke veroordeling al dan niet onherroepelijk is (zie ook: paragraaf 3.2.5);
- of de veroordeelde werknemer door een ontslag op staande voet niet twee keer wordt 'gestraft';
- of de veroordeelde werknemer zijn werkgever tijdig en juist over de detentie heeft geïnformeerd; en
- of de werkgever mogelijkheden heeft om de afwezigheid van de gedetineerde werknemer op te vangen.¹⁹

3.2.4 De samenhang tussen het strafbare feit en het werk

Sagel²⁰ wijst erop dat een van de belangrijkste gebeurtenissen die in de afweging of een strafrechtelijke veroordeling een dringende reden vormt de relatie tussen het strafbare feit en het werk is. Wanneer is daarvan sprake? Er hoeft in ieder geval geen daadwerkelijk verband te zijn tussen de werkzaamheden en het strafbare feit in de zin dat de werknemer op enigerlei manier gebruik heeft gemaakt van de functie die hij vervult en de mogelijkheden die voor hem daaruit voortvloeien bij het plegen van het strafbare feit.²¹ Wanneer het strafbare feit is gepleegd tijdens werktijd, in het kader van de werkzaamheden of met het gebruikmaken van de functie, is er sprake van een relevante relatie tussen het strafbare feit

en het werk. Maar ook kan van een dergelijke relatie sprake zijn als de werknemer in detentie zit voor strafbare feiten die weliswaar volledig in de privésfeer zijn gepleegd, maar die onverenigbaar zijn met de functie of de aard van de functie die de werknemer bekleedt. Denk dan aan een docent die (ook) les geeft aan minderjarige kinderen en die is veroordeeld voor het in bezit hebben van kinderporno,²² of aan een medewerker van de bank in een vertrouwensfunctie die zich in de privésfeer schuldig maakt aan ernstige vermogensdelicten en daarvoor is veroordeeld.²³

3.2.5 Het ontslag op staande voet en de rol van het strafbare feit

Maar wat nu als een werknemer in eerste instantie is veroordeeld voor het plegen van een strafbaar feit, maar in hoger beroep daarvan wordt vrijgesproken? Het Hof 's-Hertogenbosch stelt in februari 2006²⁴ voorop dat gelet op de aard van het bedrijf van de werkgever – een beveiligingsbedrijf – en wat is neergelegd in de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst, de werkgever hoge eisen mag stellen aan het gedrag van haar beveiligingsmedewerkers, ook als dat gedrag in de privésfeer plaatsvindt. Het hof vindt dat de beslissing tot het ontslag op staande voet te voorbarig is genomen, gezien de latere vrijspraak en dat er om die reden geen dringende reden aanwezig is. Het feit dat de werkgever zich bij het ontslag op staande voet heeft gebaseerd op een vonnis van de Politierechter dat niet in kracht van gewijsde is gegaan, komt dan geheel voor zijn rekening en is geen rechtvaardiging voor het gegeven ontslag. De werkgever had rekening moeten houden met een mogelijke vrijspraak in hoger beroep, terwijl het gedrag van de werknemer – het bedreigen van de fysiotherapeut van zijn vriendin – op zich onvoldoende is om een ontslag te rechtvaardigen als de overige omstandigheden van het geval (zie paragraaf 3.2.1) in ogenschouw worden genomen. Denk dan aan de duur van het dienstverband (elf jaar) waarbij de werknemer goed heeft gefunctioneerd. Vergelijkbaar is de zaak waarover de Kantonrechter Amersfoort zich in 2008²⁵ heeft gebogen. Een leraar is door een (oud-)leerlinge beticht van verkrachting en ontucht. Hij wordt geschorst en na zijn strafrechtelijke veroordeling op staande voet ontslagen. In hoger beroep is hij echter vrijgesproken van de hem ten laste gelegde feiten. De kantonrechter stelt dat het kan zijn dat de strafrechtelijke veroordeling van de werknemer in eerste instantie voor de werkgever een bevestiging is van de juistheid van de tegen de werknemer ingebrachte beschul-

18 Zie J.P. Quist, 'Ontslag op staande voet (wegens strafrechtelijke veroordeling): weinig ruimte voor algemene regels', *TAP* 2011, nr. 3, p. 99-105. Zie ook Kruit & Jakimowicz, a.w., p. 1522.

19 Zie Ktr. Haarlem 21 april 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM5227; Ktr. Leeuwarden 12 mei 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BM5493; Ktr. Utrecht 1 december 2010, NJ 2011/96; Ktr. Rotterdam 3 januari 2011, «JAR» 2011/34; Ktr. Rotterdam 12 januari 2011, «JAR» 2011/50; Ktr. Heerlen 28 januari 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP5184; Ktr. Enschede 18 maart 2011, «JAR» 2011/101; Ktr. Haarlem 5 juli 2011, «JAR» 2011/267. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, «JAR» 2006/117.

20 Zie S.F. Sagel, 'Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?', *TRA* 2011, nr. 11, p. 87-96 (hierna: Sagel 2011b).

21 Anders: Ktr. Heerlen 28 januari 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP8265.

22 Zie Ktr. Rotterdam 12 januari 2011, «JAR» 2011/50.

23 Zie R. Hansma & L.M. Koning, 'Een medewerker van de bank moet brandschoon zijn', *ArbeidsRecht* 1997, nr. 1, p. 3-6.

24 Zie Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2006, «JAR» 2006/117.

25 Zie Ktr. Amersfoort 17 september 2008, RAR 2008, 168. Zie ook Sagel, a.w. (2011b), p. 9.

diging, maar dat hij daarbij rekening had moeten houden met het feit dat die veroordeling eerst onherroepelijk zou worden als deze in hoger beroep zou zijn bevestigd; hij had zich moeten realiseren dat hij eerst dan van de schuld van de werknemer zou kunnen uitgaan. Dat maakt dat de eerste veroordeling geen dringende reden oplevert. De werkgever had de leerlingen van de school en hun ouders duidelijk moeten maken dat de weg niet of in ieder geval onvoldoende vrij was om definitieve stappen te nemen tegen de leraar, voor wie de gevolgen van het ontslag op staande voet – gezien zijn leeftijd en staat van dienst – zeer ingrijpend zouden zijn. Betekent dit dan vervolgens dat er bij vrijspraak in hoger beroep nooit sprake is van een dringende reden? Nee, dat ook weer niet; de vaststaande feiten kunnen zodanig zijn dat er wel degelijk sprake kan zijn van een dringende reden. Daarbij komt het ook nog eens aan op de formulering van de ontslaggrond. Als een ontslag op staande voet als grond heeft ‘een strafrechtelijke veroordeling’, houdt deze grond bij vrijspraak geen stand. Een genuanceerdere formulering kan soms wel standhouden, maar dat is (uiteraard) afhankelijk van de vaststaande feiten.²⁶

4 De ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter

In paragraaf 3.1 is al geschreven dat een vereiste voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet is dat het ontslag onverwijld moet worden gegeven. Onduidelijk is hoe dit aspect van onverwijldheid te rijmen is met hetgeen zich voordoet in bepaalde situaties. Denk dan aan de te verwachten onrust op de werkvloer na terugkeer van de gedetineerde werknemer terwijl de invrijheidstelling nog (lang) niet op handen is. Denk ook aan de ernst van het strafbare feit of het geschondden vertrouwen aan werkgeverskant waardoor een onverwijld opzegging te rechtvaardigen is, terwijl die werkgever ruim van tevoren door de werknemer in kwestie op de hoogte is gesteld van de detentie en de reden daarvan.²⁷ Dat geldt ook als er sprake is van een verdenking van een door de werknemer gepleegd strafbaar feit. Dat laat onverlet dat er wel een andere mogelijkheid is om de arbeidsovereenkomst in verband met detentie te doen beëindigen, namelijk de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Die ontbinding kan de werkgever op grond van artikel 7:671b, eerste lid, BW verzoeken als hij daarvoor een redelijke grond heeft en een herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een andere passende functie al dan niet met scholing niet mogelijk is of in de rede ligt, zoals bij verwijtbaar handelen of nalaten aan werknemerskant. De rede-

lijke gronden zijn in artikel 7:669, derde lid, BW opgesomd. Daaronder vallen onder andere de zogenoemde persoonsgebonden (dus aan de werknemer gerelateerde) gronden, zoals frequent verzuim door ziekte (art. 7:669 lid 3 onder c BW), disfunctioneren (art. 7:669 lid 3 onder d BW), verwijtbaar handelen of nalaten aan werknemerskant (art. 7:669 lid 3 onder e BW) of de verstoorde arbeidsverhouding (art. 7:669 lid 3 onder g BW) en als laatste ‘andere omstandigheden’ (art. 7:669 lid 3 onder h BW), een soort restgrond, waarbij de wetgever²⁸ onder meer denkt aan detentie. Dat speelt in de zaak waarover de Kantonrechter Haarlem in november 2016²⁹ heeft geoordeeld. Drie jaar nadat de werknemer is gearresteerd op verdenking van een misdrijf is hij veroordeeld door de strafrechter. De werknemer gaat tegen dit vonnis in hoger beroep. De werkgever vindt dat hij lang genoeg heeft gewacht – de maat is vol – en hij wacht de beroepsprocedure niet af en verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst omdat de strafrechtelijke veroordeling van de werknemer zonder meer valt onder het verwijtbaar handelen. Het feit dat de werknemer in hoger beroep is gegaan tegen de veroordeling maakt dit niet anders. De werkgever heeft juist gehandeld door eerst de behandeling van de strafzaak af te wachten voordat hij overgaat tot het indienen van een ontbindingsverzoek. De Kantonrechter Rotterdam oordeelt in december 2016³⁰ dat anders dan de wetgever doet voorkomen detentie niet zonder meer een grond is om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De omstandigheid ‘detentie’ moet namelijk zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Deze kantonrechter weegt in verband met dit laatste mee de leeftijd, de duur van het dienstverband en de arbeidsmarktpositie van de werknemer. Niet dat dit voor de werknemer in kwestie in dit geval gunstig uitpakt, wat niet zo verwonderlijk is gezien de aard van het delict, namelijk poging tot doodslag op een agent, bedreiging van een andere agent en mishandeling van zijn vriendin. Terugkeer naar de werkplek kan bij de ‘vaak grofgebekte en ongenueerde havenwerkers’ volgens de werkgever zeer waarschijnlijk leiden tot uit de hand lopende situaties, en dat is niet in het belang van de werkgever wat voor de kantonrechter reden is de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

26 Zie ook Kruit & Jakimowicz, *a.w.*, p. 1527-1528.

27 Zie ook de noot van E. Verhulp bij HR 17 december 2010, NJ 2010/351.

28 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3 (MvT), p. 46; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7 (NV), p. 44.

29 Zie Ktr. Haarlem 7 november 2016: ECLI:NL:RBNHO:2016:9252. Zie I.D. Hoekerd, ‘Beëindiging arbeidsrelatie verzocht na strafrechtelijke veroordeling’, *RvM* 2017, nr. 1, p. 13-14.

30 Zie Ktr. Rotterdam 22 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9943.

5 Afronding en slotbeschouwing

De werkgever bestraft wat arbeidsrechtelijk verwijtbaar is, de strafrechter wat maatschappelijk ontoelaatbaar wordt gevonden.³¹ Cruciaal in ontslagprocedures is de kwalificatie van het strafbare feit. Een werkgever die strafrechtelijke begrippen hanteert bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst loopt in beginsel het risico dat de civiele rechter alle bestanddelen van de desbetreffende delictomschrijving toetst bij het beoordelen van de rechtsgeldigheid van het ontslag. Let wel, in beginsel. Anders dan de Kantonrechter Arnhem in december 2015³² mogelijk suggereert met de terminologie ‘het zich wederrechtelijke toe-eigenen’ van een geldbedrag, impliceert volgens de Hoge Raad³³ het gebruik van de strafrechtelijke begrippen, zoals diefstal, niet dat de (strafrechtelijke) delictomschrijving (art. 310 Sr) volledig bewezen hoeft te worden bij een ontslag op staande voet. Dat kan tot gevolg hebben dat een werknemer die op staande voet is ontslagen wegens ‘diefstal uit bagage en postzakken’, in hoger beroep door de strafrechter is vrijgesproken van diefstal, toch terecht op staande voet is ontslagen.³⁴

Het strafrechtelijke beginsel als de ‘onschuldpresumptie’ heeft zijn weerslag op het ontslagrecht. De werkgever doet er goed aan eerst het strafrechtelijke oordeel in eerste aanleg af te wachten voordat hij overgaat tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Dat kan anders zijn met het strafrechtelijke beginsel ‘ne bis in idem’. Het simpele feit dat een werknemer strafrechtelijk is veroordeeld, hoeft de civiele rechter niet te weerhouden om het beëindigen van de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig te vinden. Ook bij een vrijspraak in strafrechtelijke zin, kan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zijn. Hetzelfde geldt voor de beëindiging van rechtswege op grond van een ontbindende voorwaarde; ook al staat de strafbaarheid van het gedrag van de werknemer niet onomwonden vast, het kan voldoende zijn voor een beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst. De reden daarvoor is eenvoudig. De civiele rechter moet het beëindigen van de arbeidsovereenkomst toetsen aan eisen die losstaan van de strafrechtelijke invulling van de desbetreffende delictomschrijving, waarbij het in redelijkheid van de werkgever kunnen vergen dat de arbeidsovereenkomst blijft voortbestaan een centrale rol is toebedeeld en waardoor een oneigenlijke vermenging³⁵ van het arbeidsrecht en strafrecht kan worden vermeden.

31 Zie Sagel, *a.w.* (2011a), p. 8.

32 Zie Ktr. Arnhem 22 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8223.

33 Zie HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:290. Zie M.H. Stekelenburg, ‘Haviltexen bij strafrechtelijke terminologie in een ontslagbrief?’, *ArbeidsRecht* 2016, nr. 5, p. 22-24.

34 Zie Hof Amsterdam 21 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1511;

HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2994.

35 Zie S. van Waegeningh, ‘Samenloop van arbeidsrecht en strafrecht: pas op voor eigenlijke vermenging’, *ArbeidsRecht* 2014, nr. 3, p. 8-11.



Mr. E.G. Kurtovic en prof. mr. dr. M.M. Boone
Kurtovic promoveert aan de Universiteit Utrecht, en verwacht eind dit jaar haar proefschrift te verdedigen over de impact van het hebben van een strafblad op de arbeidsmarktpositie van jongvolwassenen. Daarnaast werkt zij als juridisch medewerker bij Van Oosten advocaten in met name VOG-zaken. Boone is hoogleraar Criminologie bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden.

38. De preventieve werking van het VOG-beleid

KRITISCHE KANTTEKENINGEN BIJ 'EENS EEN DIEF, ALTIJD EEN DIEF?'¹

In een themanummer over de periode na de straf mag een bijdrage over de bijkomende gevolgen van straf niet ontbreken. We concentreren ons in dit artikel op de Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG). Specifiek gaan we in op de (vermeende) effectiviteit van het VOG-beleid, waarbij we de uitkomsten van een effectiviteitsmeting die vorig jaar is uitgevoerd door Kruize en Gruter in opdracht van het WODC, met de veelbelovende titel *Eens een dief, altijd een dief?*,² onder de loop nemen.

1 Inschatten van risico's

Officieel wordt met het VOG-beleid beoogd, en we parafraseren de memorie van toelichting, 'problemen van strafrechtelijke aard te voorkomen bij het aangaan van zakelijke contacten'.³ In eerdere artikelen hebben wij al uitgebreid beargumenteerd waarom uit juridisch en dogmatisch oogpunt beperkingen na afloop van de straf alleen kunnen worden gelegitimeerd uit het oogpunt van preventie.⁴ In dat verband hebben wij ons erover verbaasd dat niet meer serieuze pogingen worden ondernomen het risico in te schatten dat iemand met een strafblad zal recidiveren in het kader van de uitoefening van een functie.⁵ Dit terwijl die instrumenten tegenwoordig wel voorhanden zijn en in alle fasen van de strafrechtpleging worden ingezet.

De volgende casus, door een aanvrager van de VOG aan

de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voorgelegd,⁶ vormt een mooi voorbeeld van de beperkte waarde die bij de beoordeling van de VOG-aanvraag wordt toegekend aan de – onderbouwde – schattingen van deskundigen van het herhalingsrisico. De aanvrager, een verpleegkundige die al jaren werkzaam is in dit beroep, had een turbulente tijd meegemaakt, waarbij hij onder grote persoonlijke druk stond. Een en ander leidde ertoe dat hij ontucht pleegde met een van zijn patiënten, een 93-jarige vrouw. Het kwam hem op een werkstraf van 180 uur te staan, waarbij de rechter de omstandigheden die tot het delict aanleiding gaven als strafverminderend had laten meewegen. De vordering van de officier van justitie tot oplegging van een beroepsverbod van drie jaar werd door de rechter gemotiveerd verworpen (tegen het vonnis is het OM niet in beroep gegaan). Het delict zou een eenmalig en door uitzonderlijke spanning ingegeven incident zijn geweest, waarbij de verdachte zich direct heeft gerealiseerd dat wat hij deed in alle opzichten ongepast was. Daarnaast was naar aanleiding van deze ontuchtkwestie tegen de verpleegkundige een klacht ingediend bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg. Het Tuchtcollege was – rekening houdend met de zware persoonlijke omstandigheden die tot het gedrag aanleiding gaven – niet van mening dat deze man een verder gevaar vormde voor zijn patiënten, zodat werd volstaan met een voorwaardelijke

1 P. Kruize & P. Gruter, *Eens een dief, altijd een dief? Een verkenning rond het meten van de effectiviteit van de Verklaring Omtrent het Gedrag*, Amsterdam: WODC 2016.

2 Kruize & Gruter, a.w.

3 *Kamerstukken II* 1995/96, 24797, 3, p. 10.

4 M.M. Boone, 'Gestraft na de straf. Legitimiteit en proportionaliteit van juridische belemmeringen na afloop van de straf', *Proces* 2012, p. 103-114; M.M. Boone & E.G. Kurtovic, 'Bijkomende gevolgen van straf en het principe van proportionele strafoplegging', *NJB* 2016, p. 1623-1629.

5 Boone, a.w. (2012); E.G. Kurtovic, 'Jeugdzone, eeuwig zone? Een onderzoek naar de beoordelingswijze van Verklaring Omtrent het Gedrag-aanvragen van jongeren', *Proces* 2012, p. 115-127.

6 ABRvS 15 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1649.

schorsing. Zeven jaar later vraagt hij een Verklaring Omtrent het Gedrag aan voor de functie van wijkverpleegkundige, maar deze wordt hem geweigerd. Het gemaakte bezwaar wordt ongegrond verklaard, maar in beroep bij de rechtbank krijgt de betrokkene gelijk.

In de door de staatssecretaris vervolgens aangespannen hogerberoepsprocedure oordeelt de Raad van State dat de staatssecretaris ondeugdelijk heeft gemotiveerd waarom hij door weigering van de VOG, ondanks de eerdere afwijzing van de vordering tot oplegging van een beroepsverbod door de strafrechter en ondanks het feit dat de tuchtrechter heeft volstaan met een voorwaardelijke schorsing van de inschrijving in het BIG-register, het de verpleegkundige thans alsnog onmogelijk maakt zijn werkzaamheden als verpleegkundige voort te zetten. Zowel de strafrechter als de tuchtrechter heeft de kans op herhaling van het delict en het belang van bescherming van de maatschappij meegewogen. Ook werd in een psychologisch rapport op basis van gestructureerde risicotaxatie-instrumenten geconcludeerd dat er vanuit gedragskundig oogpunt geen sprake was van een verhoogd recidivegevaar. De Raad van State oordeelt dat de staatssecretaris hieruit niet zonder nadere motivering mocht afleiden dat herhaling niet onwaarschijnlijk is. Immers, zo overweegt de Raad van State, het gevaar voor recidive is nooit geheel uit te sluiten, evenmin als de kans dat een werkend persoon in het verband van zijn werk een delict pleegt.

Op grond van de beleidsregels VOG-NP-RP 2013 kan de reclassering in het belang van een goede oordeelsvorming in uitzonderlijke gevallen worden gevraagd inlichtingen te verschaffen over de aanvrager.⁷ Daarnaast kan informatie van deskundigen, zoals een psycholoog, psychiater of reclasseringswerker, door de aanvrager zelf worden ingebracht. Een dergelijk deskundigenadvies is niet doorslaggevend voor de te nemen beslissing op de aanvraag, zoals ook volgt uit de hiervoor gegeven casus. Het vormt een van de omstandigheden die, in samenhang bezien, mede bepalend kan zijn voor de vraag of de VOG al dan niet wordt afgegeven. In een artikel uit 2011 constateerde een van ons al dat de input van reclasseringsinformatie in het besluitvormingsproces rond de toekenning van de VOG tussen 2002 en 2010 drastisch was gedaald (van 658 keer in 2002, naar 9 in 2009 tot 1 in 2010).⁸ Anno nu wordt deze input helemaal niet meer verzocht door het bestuursorgaan.⁹ Dit verbaast ons aangezien het nu juist de reclassering is die in alle fasen van

de strafrechtspleging wordt gevraagd om beargumenteerde risico-inschattingen van justitiabelen te maken en hiertoe bij uitstek geschikt is.

In een brief die de algemeen directeur van Reclassering Nederland op 3 april 2014 aan de Tweede Kamer stuurde¹⁰ stelt deze zich op het standpunt dat de door de staatssecretaris gehanteerde beoordelingssystematiek maatwerk ontbeert, omdat risico's op sterk geobjectiverde wijze worden ingeschat en een actueel en realistisch beeld hierover ontbreekt. Op grond van de beleidsregels worden bij de reclassering pas inlichtingen ingewonnen als er twijfel bestaat of de VOG kan worden afgegeven. In de praktijk wordt de reclassering echter niet (meer) geraadpleegd om de staatssecretaris van een actueel en realistisch beeld van het eventuele recidivegevaar te voorzien. Deze brief is aanleiding geweest voor intensief overleg tussen de reclassering en de staatssecretaris, echter dit heeft, althans op papier, niet geleid tot een wezenlijk andere wijze van beoordelen. De staatssecretaris acht zich niet gehouden het herhalingsrisico op dezelfde wijze te beoordelen als bijvoorbeeld de reclassering. Over het algemeen beoordeelt de staatssecretaris het risico namelijk op grond van zijn eigen taak en verantwoordelijkheid, met behulp van zijn eigen instrumentarium (Beleidsregels VOG NP-RP 2013).¹¹ Volgens de staatssecretaris is in een VOG-procedure namelijk geen sprake van een recidivebeoordeling als in strafzaken, maar van beantwoording van de vraag of de kans op herhaling zo klein is dat op grond van persoonlijke omstandigheden een uitzondering gemaakt kan worden op het vertrekpunt dat de VOG op basis van een aantal objectieve criteria niet wordt toegekend.¹² Als voor het beantwoorden van deze vraag al reclasseringsinformatie wordt gebruikt, wordt die bovendien niet door het bestuursorgaan opgevraagd, maar wordt de inbreng daarvan geheel overgelaten aan het eigen initiatief van de aanvrager.¹³ Dit roept de vraag op in hoeverre door het weigeren van een VOG inderdaad die personen worden uitgesloten die daadwerkelijk een risico voor de samenleving vormen indien zij delicten zouden plegen tijdens het uitoefenen van hun werk of dat met het VOG-instrument met een kanon op een mug wordt geschoten door als uitgangspunt te nemen dat alle ex-delictplegers binnen een bepaalde terugblikperiode een risico voor de samenleving vormen.

7 Par. 3.3.1 VOG-NP-RP 2013.

8 M.M. Boone, 'Judicial rehabilitation in the Netherlands. Balancing between safety and privacy', *European Journal of Probation* 2011, afl. 1, p. 63-78.

9 Afdelingsmanager Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag, 20 april 2017, presentatie Hof Den Haag.

10 Te raadplegen via de website van de reclassering: www.reclassering.nl/documents/14%20030%20101385%20Vaste%20Kamercommissie%20voor%20VJ%20AO%20VOG%209%20april%20140403.pdf. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33750-VI, 124.

11 Zie o.a. ABRvS 27 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ2649, r.o. 2.5.1.

12 Zo wordt door de staatssecretaris vaak standaard overwogen in zijn beslissingen om geen VOG af te geven.

13 www.justis.nl/binaries/uit-de-praktijk-16-maatwerk-bij-de-vog-screening_tcm34-85280.pdf.

2 Onderzoek naar effectiviteit

Gegeven het feit dat het streven naar preventie zowel grondslag als rechtvaardiging voor het VOG-systeem is, is de vraag van belang of preventieve arbeidsmarktbeperkingen feitelijk ook een bijdrage leveren aan het voorkomen van criminaliteit op de werkvloer. Het valt dan ook toe te juichen dat een onderzoek naar die vraag is verricht door bureau Ateno, in opdracht van het WODC. Hierna bespreken wij dit onderzoek en plaatsen daarbij een aantal kritische kanttekeningen. Los van de uitkomsten van het onderzoek, merken wij bij voorbaat op dat het voor de rechtvaardiging van preventieve arbeidsmarktbeperkingen onvoldoende is dat deze in zijn algemeenheid een bijdrage leveren aan het voorkomen van criminaliteit. In het individuele geval kunnen deze beperkingen alleen worden gelegitimeerd als er een redelijke verwachting is dat zij een bijdrage kunnen leveren aan het voorkomen van criminaliteit in de uitoefening van een specifieke functie, zoals hiervoor betoogd.¹⁴

Sinds de inwerkingtreding van het huidige VOG-beleid in 2004 vindt in 2016 voor het eerst onderzoek plaats naar de effectiviteit ervan.¹⁵ Aanleiding voor dit onderzoek vormde een beleidsdoorlichting van preventiemaatregelen in 2013,¹⁶ waarin werd geconstateerd dat onderzoek naar de effecten van de VOG ontbreekt en dat het VOG-beleid enkel berust op vooronderstellingen. Een belangrijke vooronderstelling is dat bepaalde ex-delinquenten een risico vormen voor de integriteit van organisaties en bedrijven. Echter, zo wordt geconcludeerd: 'Diepgaand onderzoek naar de aard en omvang van dit risico is niet gedaan.'¹⁷ Door Kruize en Gruter is vervolgens, in opdracht van het WODC, onderzoek verricht naar de vraag of het VOG-beleid in zijn algemeenheid een bijdrage levert aan de belangrijkste doelstelling ervan, dat wil zeggen in hoeverre door het weren van personen met een justitieel verleden uit bepaalde functies de branche (de samenleving) wordt beschermd.

Hun conclusie luidt kort gezegd dat 'het VOG-instrument een positieve bijdrage levert aan het identificeren van toekomstige delictplegers'.¹⁸ De reacties op dit onderzoek van

de zijde van het Ministerie van Veiligheid en Justitie zijn juichend. In zijn brief aan de Tweede Kamer van afgelopen februari schrijft de staatssecretaris dat uit het onderzoek blijkt dat het VOG-beleid een positief effect heeft op de recidive.¹⁹ Een persbericht van de rijksoverheid naar aanleiding hiervan gaat nog een stap verder en proclameert dat de VOG 'niet alleen bijdraagt aan een veilige werkomgeving, maar ook aan de re-integratie van ex-criminelen'.²⁰ Hierna analyseren wij of een zodanig positieve interpretatie van de onderzoeksresultaten gerechtvaardigd is.

Het onderzoek bevat een tweetal onderzoeksontwerpen, waarbij wij ons beperken tot de bespreking van het experimenteel design. Met de methode vergelijken Kruize en Gruter een groep personen aan wie een VOG geweigerd is met een groep aan wie een VOG is afgegeven (controlegroep 1) en een groep die geen VOG heeft aangevraagd maar wel vergelijkbare delicten pleegde als de groep 'geweigerden' (controlegroep 2). Het jaar 2011 geldt als uitgangspunt. Aan de hand van de justitiële gegevens over de daaropvolgende vijf jaar kan het criminaliteitsniveau van de drie groepen worden berekend. Dit wordt gedaan voor twee soorten beroepsgroepen waarvoor de VOG verplicht is: onderwijspersoneel en taxichauffeurs.

De onderzoekers concluderen dat de groep 'VOG geweigerd' in vergelijking met de groep 'VOG afgegeven' significant meer delicten pleegt in de daaropvolgende vijf jaar. Bij de aanvragers voor functies in het onderwijs pleegde 39% van de groep 'VOG geweigerd' een relevant delict na 2011, terwijl van de groep 'VOG afgegeven' slechts 2% dit deed. Bij de taxichauffeurs pleegde 56% van de groep 'VOG geweigerd' na de aanvraag een relevant delict, tegenover 27% van de groep 'VOG afgegeven'.

Als de groep 'VOG geweigerd' wordt afgezet tegen een vergelijkbare groep veroordeelden die geen VOG heeft aangevraagd (controlegroep 2), wordt duidelijk dat de 'geweigerden' in het onderwijs een significante daling van het aantal gepleegde delicten laten zien. Immers, 39% van deze groep pleegt delicten nadat hun de VOG is geweigerd, terwijl van de groep met vergelijkbare delinquenten die geen VOG aanvroegen 58% delicten pleegde in dezelfde periode. Bij taxichauffeurs was er geen significant verschil tussen deze twee groepen: 56% pleegde een delict nadat de VOG geweigerd was, terwijl 61% van vergelijkbare delinquenten dit deed. In een tabel ziet dit er als volgt uit.

14 N.V. Demleitner, 'Preventing internal exile. The need for restrictions on collateral sentencing consequences', *Stanford Law and Policy Review* 1999, p. 153-171; H. La Folette, 'Consequences of punishment. Civil penalties accompanying formal punishment', *Journal of Applied Philosophy* 2005, p. 241-261; Boone, a.w. (2012), p. 108 en 111.

15 Kruize & Gruter, a.w.

16 *Beleidsdoorlichting preventiemaatregelen*, Ministerie van Veiligheid en Justitie mei 2013 (het rapport en de brief van de minister zijn te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2013/06/29/beleidsdoorlichting-preventiemaatregelen).

17 Idem, p. 59.

18 Kruize & Gruter, a.w., p. 13.

19 *Kamerstukken II* 2016/17, 34550 VI, 98.

20 www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/02/01/onderzoeken-tonen-aan-vog-draagt-bij-aan-succesvol-integriteitsbeleid, laatst geraadpleegd 23 mei 2017.

Tabel 1. Aandeel van de groep ‘VOG geweigerd’, de groep ‘VOG afgegeven’ en de groep ‘geen VOG aangevraagd’ met een of meer relevante antecedenten in de periode na de VOG-aanvraag (2011–2016)

	VOG geweigerd	VOG afgegeven	geen VOG aangevraagd
onderwijspersoneel			
een of meer relevante delicten	39%	2%	58%
taxichauffeurs			
een of meer relevante delicten	56%	27%	61%

Bron: Kruize & Gruter 2016, p. 86-87 (tabel 4.11 en 4.12).

Bij de interpretatie van deze uitkomsten dient ten eerste in gedachten te worden gehouden dat het experimentele design niet meet in hoeverre criminaliteit gepleegd tijdens de uitoefening van een functie hiermee – in theorie – wordt voorkomen. Er wordt immers alleen gekeken naar delicten die voor de functie relevant zouden kunnen zijn (voor taxichauffeurs zijn dat zo ongeveer alle strafbare feiten), maar niet in hoeverre een gepleegd delict op de werkvloer is gepleegd dan wel verband hield met het werk dat iemand deed. Dit terwijl criminaliteit binnen de werksfeer slechts een klein deel vormt van alle gepleegde criminaliteit. Het primaire doel van de VOG – het voorkomen van werkgerelateerde delicten – wordt hiermee dus niet gemeten.²¹

Dan nu de vraag in hoeverre dit onderzoek uitwijst dat de preventieve arbeidsbeperkingen die worden opgelegd door het weigeren van een VOG gelegitimeerd kunnen worden door het recidiverisico dat de personen uit de groep ‘VOG geweigerd’ vormen. De onderzoekers concluderen dat het feit dat de groep ‘VOG geweigerd’ meer criminaliteit pleegt dan de groep ‘VOG afgegeven’ erop duidt dat inderdaad de juiste personen zijn tegengehouden. Hierop valt echter af te dingen, nu de recidivecijfers van de groep ‘geweigerden’ ook juist veroorzaakt kunnen worden door het feit dat zij niet de gewenste baan hebben kunnen bemachtigen. De onderzoekers erkennen dat ‘het instrument zelf mede debet kan zijn aan het toekomstig gedrag’, maar achten de verschillen tussen de groepen ‘dermate fors’ dat er ‘er weinig twijfel is over het feit dat in dit verband eerder crimineel gedrag een risicofactor is voor toekomstig crimineel gedrag’.²²

Men zou echter ook kunnen beargumenteren dat de weigering van een VOG de drempel verlaagt voor het plegen van delicten, aangezien deze groep ex-delinquenten niet een baan (ook wel een ‘stake in conformity’ genoemd) heeft die

zij daarmee op het spel zou kunnen zetten. In het algemeen wordt immers aangenomen dat het hebben van werk een beschermende factor vormt tegen criminaliteit.²³ Er is vooral bewijs voor de relatie tussen een kwalitatief goede baan en vermindering van criminaliteit.²⁴ Dit betekent dat onder andere baantevredenheid een beschermende factor vormt, en dat het worden geweigerd voor een gewenste baan waarvoor een VOG is aangevraagd juist het omgekeerde effect zou sorteren. Geconcludeerd kan worden dat op basis van dit onderzoek weinig kan worden gezegd over de vraag in hoeverre de groep ‘VOG geweigerd’ terecht is weerhouden van een baan vanwege het risico dat zij vormden. De uitkomsten van het experimentele design zeggen namelijk niets over de causaliteit van de gebeurtenissen. De onderzoekers merken dan ook terecht op dat het recidivepercentage van de groep ‘VOG geweigerd’ op twee manieren geduid kan worden, en dat het model geen uitsluitel daarover geeft. Aan de ene kant kan worden betoogd dat de ‘juiste personen’ zijn weerhouden van bepaalde functie. Aan de andere kant kan de weigering van een VOG voor een gewenste baan personen langer vasthouden in criminaliteit.²⁵

Ook andere interpretaties die op deze uitkomsten worden gebaseerd zijn beperkt houdbaar, nu geen causale claims kunnen worden gedaan. De vraag over wat oorzaak en wat gevolg is, komt terug wanneer de groepen ‘VOG geweigerd’ en de vergelijkbare groep ‘geen VOG aangevraagd’ worden vergeleken. De onderzoekers constateren namelijk dat de groep ‘VOG geweigerd’ na de afwijzing een aanzienlijke daling laat zien in het niveau van geregistreerde criminaliteit, vergeleken met de jaren ervoor. Het aantal geregistreerde

21 De onderzoekers erkennen als een van de serieuze beperkingen van dit model dat het weliswaar inzicht kan geven ‘in geregistreerd ouderschap in het algemeen, maar een directe link met de branche in kwestie is niet te maken’. Kruize & Gruter, a.w., p. 119.

22 Kruize & Gruter, a.w., p. 94.

23 C. Uggen, ‘Work as a turning point in the life course of criminals. A duration model of age, employment, and recidivism’, *American sociological review* 2000, p. 529-546; C. Uggen & J. Staff, ‘Work as a turning point for criminal offenders’, *Corrections Management Quarterly* 2001, afl. 4, p. 1-16.

24 A.A.T. Ramakers et al., ‘Not just any job will do. A study on employment characteristics and recidivism risks after release’, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 2016, p. 1-24.

25 Kruize & Gruter, a.w., p. 123.

delicten wordt ongeveer de helft lager na de weigering. Het experimentele design toont aan dat voor onderwijspersoneel vanaf 2012 en voor taxichauffeurs vanaf 2013 het aantal delicten elk daaropvolgend jaar daalt.²⁶ Deze daling in ogenschouw nemende, interpreteren de onderzoekers de VOG-weigering als ‘stimulus om het leven te beteren’. De geweigerde personen zouden de afwijzing zien als stok achter de deur om hun leven te beteren, in de hoop in de toekomst wél voor een VOG in aanmerking te komen. Zij benoemen dat ook denkbaar is ‘dat de persoon in kwestie al voor de VOG-aanvraag zijn leven wilde beteren’,²⁷ maar beschouwen de bevinding dat de hoeveelheid criminele activiteiten daalt na een VOG-weigering toch vooral als een ondersteuning voor de eerstgenoemde hypothese.

De vraag is echter waar de onderzoekers deze verklaring op baseren, nu een theoretische onderbouwing voor deze stelling ontbreekt. Terwijl juist uit onderzoek blijkt dat de afschrikwekkende werking van straffen doorgaans beperkt is.²⁸ Voor de tegenovergestelde stelling, namelijk dat de afwezigheid van werk de kans op het plegen van criminaliteit verhoogt, bestaat bovendien veel meer empirisch bewijs.²⁹ Op basis daarvan zou kunnen worden beredeneerd dat als zij wél een VOG en daarmee de gewenste baan hadden gekregen, het recidivepercentage wellicht (veel) verder was afgenomen. Bovendien wordt duidelijk dat er alleen een significant verschil is voor personen die de VOG aanvroegen voor het onderwijs (39% tegenover 58%). Bij taxichauffeurs blijkt de afname van het aantal gepleegde delicten na een VOG-weigering niet significant te verschillen van de controlegroep (56% tegenover 61%). Ook deze resultaten moeten dus met grote terughoudendheid worden geduid nu het onderzoek geen uitsluitsel geeft over de causaliteit van de bevindingen. De interpretatie dat vermindering van het aantal delicten een (direct) gevolg is van het weigeren van de VOG en dat dit zodoende als stimulus functioneert, is dus vooralsnog slechts een hypothese.

Het zou namelijk ook goed kunnen dat zowel de afname in het aantal delicten als het aanvragen van een VOG voor werk wordt veroorzaakt door een derde (onafhankelijke) factor, namelijk de persoonlijke motivatie van de ex-delinquent om op het rechte pad te blijven. Zoals de onderzoekers terecht opmerken, zou de VOG-aanvraag het gevolg kunnen zijn van een daaraan voorafgegane persoonlijke keuze om het leven te beteren. Het zoeken naar werk – en dus het aanvragen

van een VOG – vormt dan een onderdeel van het proces van stoppen met criminaliteit. Er kan dus op basis van de uitkomsten van het experimentele design nog een andere hypothese worden geformuleerd, namelijk dat het aanvragen van een VOG een ‘signaal’ is van het proces van stoppen met criminaliteit’.

In het empirisch materiaal dat Kurtovic heeft verzameld voor haar hopelijk later dit jaar te verdedigen proefschrift naar de invloed van justitiële documentatie op het re-integratieproces van jongvolwassenen, wordt deze stelling op vele manieren onderbouwd. In eerste instantie blijkt dat sprake is van een aanzienlijke mate van zelfuitsluiting: wanneer het niet evident is dat een VOG verstrekt zal worden, moeten jongvolwassenen behoorlijke drempels over om een VOG aan te vragen. Meestal komt de VOG-verplichting pas ter sprake wanneer iemand al is aangenomen voor de baan. Dit betekent dat de aanvrager – na het aangaan van een arbeidsrelatie – het risico loopt alsnog te worden afgewezen wanneer blijkt dat hij of zij geen VOG kan overleggen. De angst voor deze persoonlijke afwijzing, die vaak gepaard gaat met gevoelens van schaamte, vormt een zwaar obstakel dat de ex-delinquent vaak moet overwinnen alvorens hij daadwerkelijk tot aanvraag overgaat. Aan het aanvragen van een VOG gaat dus vaak een gemotiveerde beslissing vooraf, die als ‘serieuze signaal’ kan worden opgevat van het stoppen met criminaliteit.

Deze bevinding is in overeenstemming met Amerikaans onderzoek, waarin wordt gesteld dat het voor een ‘serieuze signaal’ dat iemand wil stoppen met criminaliteit kenmerkend is dat het hem of haar iets kost, dat wil zeggen een zekere moeite of inspanning.³⁰ Ook het doorlopen van de procedure om een VOG te verkrijgen wordt als een dergelijke moeite of inspanning en dus als serieus signaal beschouwd.³¹ Het solliciteren en vervolgens aangaan van een arbeidsrelatie met de kans op publieke afwijzing als de VOG uiteindelijk niet wordt afgegeven, vraagt een grote mate van toewijding c.q. inspanning. Ook bij het doorlopen van de procedurele, bestuursrechtelijke stappen om een VOG te verkrijgen (het indienen van een zienswijze en eventueel een bezwaarschrift) moet de aanvrager moeite doen door diverse, voldoende overtuigende ‘bewijzen van goed gedrag’ aan te leveren, waar-

26 Kruize & Gruter, a.w., p. 87.

27 Kruize & Gruter, a.w.

28 E.A.C. Raaijmakers, *The subjectively experienced severity of imprisonment. Determinants and consequences* (diss. Leiden), 2016, p. 114-115.

29 R. Apel, ‘Employment and crime’, in: J.M. Miller (ed.), *Criminology: a reference handbook*, London: Sage Publications 2009, p. 118-124.

30 S. Bushway & R. Apel ‘A signaling perspective on employment-based reentry programming. Training completion as a desistance signal’, *Criminology & Public Policy* 2012, afl. 1, p. 21-50; S. Maruna, ‘Elements of successful desistance signaling’, *Criminology & Public Policy* 2012, afl. 1, p. 73-86.

31 M.C. Kurlychek, S.D. Bushway & M. Denver ‘Understanding and identifying desistance. An example exploring the utility of sealing criminal records’, in: J. Shapland, S. Farrall & A. Bottoms (eds.), *Global perspectives on desistance. Reviewing what we know and looking to the future*, Abingdon: Routledge 2016.

onder verschillende referenties. Op basis van dit uitgangspunt kan worden beargumenteerd dat ex-delinquenten die de VOG-procedure doorlopen een actief signaal uitzenden dat zij besloten hebben hun leven te beteren, in plaats van passief af te wachten tot de gehele terugblikperiode (de termijn waarbinnen delicten in de weg kunnen staan aan VOG-afgifte, die doorgaans vier jaar is) is verstreken en zij automatisch voor een verklaring in aanmerking komen.

Tot slot hebben Kruize en Gruter ook gekeken naar de effecten op de arbeidsmarktparticipatie van de groep 'VOG geweigerd' (in vergelijking met beide controlegroepen) in de vijf jaren na 2011. Daarbij hebben zij gemeten in hoeverre een persoon (deels) aan het werk is in een bepaald jaar. De groep geweigerden vertoont in het jaar na 2011 (dus na de VOG-weigering) een daling van 10% in hun arbeidsmarktparticipatie. Kruize en Gruter vermoeden dat – ook al kunnen geen causale uitspraken worden gedaan – de VOG-weigering hieraan (deels) debet is.³² Gezien hun dalende arbeidsmarktparticipatie is deze groep er na de VOG-weigering immers slechter aan toe. Deze uitkomst wekt derhalve de suggestie dat het weigeren van een VOG aan personen die gemotiveerd zijn te stoppen met criminaliteit hen juist langer in de criminaliteit houdt en dat zij dus over het algemeen niet goed in staat zijn (direct) alternatief werk te vinden. Wellicht hadden zij één stap voorwaarts in hun nieuwe leven gezet, maar worden zij door de VOG-weigering gedwongen twee stappen achteruit te doen richting hun oude leven.

3 Discussie

De hiervoor genoemde onderzoeksresultaten tonen aan dat er aanwijzingen zijn dat de arbeidsmarktparticipatie van personen aan wie een VOG is geweigerd daalt. De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie volgt desalniettemin de juichende redenering dat de VOG recidive vermindert en zelfs bijdraagt aan re-integratie.³³ Deze laatste stelling is uitermate vergezocht en er is in het door ons besproken onderzoek in het geheel geen bewijs voor te vinden. Uitgaande van de redenering van de staatssecretaris zouden er aan de VOG-procedure überhaupt geen nadelen kleven. Ten eerste worden mensen met een (recent en relevant) justitieel verleden door de weigering van de VOG geweerd uit banen, wat bijdraagt aan de integriteit van de branche. Ten tweede pakt de VOG-weigering voor de geweigerde personen niet nadelig uit, maar vormt deze juist een stimulans 'het leven te beteren' en draagt de VOG-procedure op die manier dus extra bij aan

recidivevermindering. De VOG dient, volgens de staatssecretaris, daarom 'niet meer als obstakel (te) worden gezien'.³⁴ De staatssecretaris concludeert op basis van dit onderzoek aldus dat de VOG geen obstakel vormt voor de re-integratie van ex-veroordeelden en dat er geen reden is het instrument als zodanig aan te passen. Ten aanzien van personen die worden geweigerd, en voor wie deze beslissing aanvankelijk een obstakel lijkt, zet hij in op het geven van betere voorlichting, zodat de VOG-procedure tot hefboom wordt om hun leven te beteren.³⁵

Voor een dusdanig positieve conclusie, zo hebben wij in het voorgaande laten zien, bestaat echter geen theoretische onderbouwing en bovendien is het slechts een van de mogelijke interpretaties van de onderzoeksresultaten van Kruize en Gruter. Wat wij veel waarschijnlijker achten is dat de groep aan wie de VOG is geweigerd voorafgaand aan het aanvragen van de VOG al een persoonlijke beslissing had genomen om het rechte pad te bewandelen, waar de VOG-aanvraag een uitdrukkelijk signaal van is. Als VOG-aanvragen over het algemeen worden gedaan door gemotiveerde ex-delinquenten, dan is het niet verrassend dat het aantal geregistreerde delicten in het jaar na de aanvraag – ook al is de VOG afgevoerd – sterk daalt.

Ook is het maar zeer de vraag in hoeverre de geweigerde personen daadwerkelijk een risico zouden hebben gevormd voor de behoorlijke uitoefening van de door hen beoogde functie. Het risico wordt immers op geobjectiveerde wijze vastgesteld, waarbij de relatie tussen het gepleegde delict en de beoogde functie ruim wordt geïnterpreteerd³⁶ en geen specifieke inschatting wordt gemaakt of er überhaupt een risico is dat iemand het delict in de functie herhaalt, maar of er een risico ontstaat indien iemand het delict in de functie zou herhalen. Ook wordt aan het advies van deskundigen, zoals psychologen of reclasseringswerkers, standaard niet veel waarde toegekend. De staatssecretaris hanteert een eigen instrumentarium, waarbij het sec gaat om de vraag of de kans op herhaling zo klein is dat op grond van het subjectieve criterium een VOG kan worden toegewezen. Zodoende kan, zoals we in de casus aan het begin zagen, iemand die zeven jaar geleden een zedendelict pleegde waarbij zowel de strafrechter, als het Tuchtcollege, als gedragsdeskundigen geen verhoogde herhalingskans aanwezig achten, vanwege een VOG-weigering alsnog hem een beroep worden ontnomen. Tot slot wordt door de staatssecretaris geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen het verhogen van de integriteit van een branche en het creëren van een veiliger samenleving.

32 Kruize & Gruter, a.w., p. 90.

33 Kamerstukken II 2016/17, 34550 VI, 98, www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/02/01/onderzoeken-tonen-aan-vog-draagt-bij-aan-succesvol-integriteitsbeleid, laatst geraadpleegd 23 mei 2017.

34 Idem.

35 Idem.

36 Boone, a.w. (2011), p. 73.

Immers, met het weigeren van een VOG wordt ‘alleen het pad tot het plegen van delicten binnen deze specifieke functie afgesneden’.³⁷ Stel dat het inderdaad zo zou zijn dat de groep die de VOG is geweigerd in dezelfde mate zou zijn doorgegaan met het plegen van delicten als ze wel een VOG hadden gekregen en dus werkzaam waren geraakt in de gewenste functie (wat wij dus heel onwaarschijnlijk vinden),

37 Kruize & Gruter, *a.w.*, p. 119.

dan kan dus hoogstens gesteld worden dat door het weigeren van de VOG de integriteit van de beroepsgroep beter wordt beschermd, maar niet dat de samenleving veiliger is geworden. Immers, uit de onderzoeksresultaten blijkt dat in 39% (onderwijspersoneel) respectievelijk 56% (taxichauffeurs) van de gevallen het weigeren van een VOG *niet* tot een veiliger samenleving leidde nu er naderhand nog delicten werden gepleegd. Zodoende is de redenering dat de VOG recidive vermindert, veel te simplistisch.

39. Het strafdoel van de resocialisatie en de toepassing van de Wet Bibob

Op grond van de Wet Bibob is het mogelijk dat het bestuursorgaan een vergunning weigert of intrekt, indien sprake is van een ernstig gevaar van misbruik van deze vergunning. Een dergelijke weigering of intrekking is gebaseerd op antecedenten van de betrokkene, waaronder strafrechtelijke veroordelingen. De Wet Bibob dient te worden toegepast om de integriteit van het openbaar bestuur te beschermen en te voorkomen dat de (georganiseerde) misdaad wordt bevorderd. Is deze gang van zaken verenigbaar met het strafdoel van de resocialisatie.

1 Inleiding

Het bestuursrecht is uitgerust met bestuurlijke maatregelen, die zich bevinden in de periferie van het strafrecht. Een bekend voorbeeld hiervan is de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob). De Wet Bibob schuurt tegen 'het' strafrecht aan, in de zin dat het bestuursrecht is, dat gebruikmaakt van strafrechtelijke informatie. Het is, met andere woorden, bestuursrecht in een strafrechtelijke context of anders geformuleerd: wetgeving in de periferie van het strafrecht. Rogier heeft het volgende opgemerkt over de Wet Bibob:¹

'Eens een crimineel, altijd een crimineel, of: eens criminele vrienden, voor altijd verdacht'

Op grond van deze wet is het namelijk mogelijk dat het bevoegde bestuursorgaan – zoals het college van burgemeester en wethouders – een vergunning weigert of intrekt, indien sprake is van een ernstig gevaar van misbruik. In veel gevallen wordt het ernstige gevaar van misbruik niet vastgesteld door het bestuursorgaan zelf, maar door het Landelijk Bureau Bibob. Vooral op grond van politieke en justitiële informatie

wordt door het Landelijk Bureau Bibob een risico-inschatting gemaakt van de mate van het gevaar. De consequenties van een intrekking van een vergunning wegens de aanwezigheid van een ernstig gevaar kunnen verstrekende gevolgen hebben voor de betrokkene.² Deze betrokkene raakt immers zijn vergunning kwijt, hetgeen kan leiden tot het in financieel zwaar weer gaan verkeren. Buruma heeft over de Wet Bibob aangegeven dat de weigering of intrekking van een vergunning een:³

'(...) economische doodstraf betekent en deze wet op gespannen voet staat met de resocialisatiegedachte en het vrije ondernemerschap.'

Volgens Overkleef-Verburg komt 'het recht om vergeten' te worden uit een oogpunt van resocialisatie er in de Wet Bibob bekaaid van af.⁴ Vanuit het oogpunt van resocialisatie kunnen kritische noten worden geplaatst ten aanzien van de toepassing van de Wet Bibob.

In deze bijdrage staat de volgende vraag centraal: hoe verhoudt de toepassing van de Wet Bibob zich tot het strafdoel van de resocialisatie? Teneinde deze vraag te kunnen beant-

1 L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 29. Zie ook de tiende opmerking in de annotatie van P.H.P.H.M.C. van Kempen onder EHRM 20 maart 2013, NJ 2013/361 (*Bingöl/Nederland*).

2 Zie de achtste opmerking in de annotatie van A.E.M. van den Berg onder ABRvS 27 december 2012, AB 2013/70.

3 Y. Buruma, 'Bibob and all that jazz', *RM Themis* 1999, p. 359-363.

4 Zie de vijfde opmerking in de annotatie van G. Overkleef-Verburg onder ABRvS 8 juli 2009, «JB» 2009/183.

woorden wordt ten eerste aandacht besteed aan de centrale weigerings- en intrekkinggrond van de Wet Bibob (paragraaf 2). Ten tweede wordt de inhoud van het resocialisatiebeginsel onderzocht (paragraaf 3). Na deze exercitie wordt geanalyseerd wat de – juridische – betekenis van dit strafdoel is ten aanzien van de Wet Bibob (paragraaf 4). Er wordt geëindigd met een conclusie (paragraaf 5).

2 De weigerings- en intrekkinggrond van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob⁵

2.1 De Wet Bibob: bestuurlijke sanctie of bestuurlijke maatregel?

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) merkt de weigering of intrekking van een vergunning op grond van de Wet Bibob niet aan als een bestraffende sanctie. Door de toepassing van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob niet te kwalificeren als een bestraffende sanctie worden belangrijke waarborgen die zijn neergelegd in artikel 6 EVRM buiten boord gehouden. Hierbij kan worden gedacht aan de onschuldpresumptie en het nemo tenetur-beginsel. Deze waarborgen zijn van toepassing op bestraffende sancties en niet op herstelsancties. Hiermee kan de vraag worden opgeworpen in hoeverre een weigering of intrekking op grond van artikel 3 Wet Bibob kan worden aangemerkt als een herstelsanctie. In de regel wordt de intrekking van een begunstigende beschikking voor onbepaalde tijd aangemerkt als een herstelsanctie, maar het is echter ook mogelijk dat een beschikking wordt ingetrokken ‘niet als sanctie’.⁶

Is een intrekking of weigering van een beschikking op grond van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob nu te kwalificeren als een bestuurlijke sanctie? De Afdeling heeft reeds overwogen dat de weigering van een vergunning op grond van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob, niet is aan te merken als een sanctie.⁷ Blijkens artikel 5:2, eerste lid, onder a, Awb is een bestuurlijke sanctie:

‘(...) een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.’

Een essentiële voorwaarde is dat sprake dient te zijn van een overtreding. In artikel 5:1, eerste lid, Awb is neergelegd wat onder een overtreding dient te worden begrepen:

‘(...) een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.’

De vraag die dan kan worden opgeworpen is welke overtreding ten grondslag ligt aan de weigering of intrekking van een beschikking op grond van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob. Het doel van de Wet Bibob is, afgaande op de Afdeling, geen bestraffing van de betrokkene, maar het voorkomen dat het openbaar bestuur strafbare feiten bevordert. De weigering of intrekking vindt dan plaats op grond van een ernstig gevaar van misbruik. In die zin is dan ook geen sprake van een overtreding zoals bedoeld in artikel 5:1, eerste lid, Awb en kan een dergelijke intrekking of weigering dan ook niet worden gekwalificeerd als een sanctie.⁸ Door het lagere gehalte aan rechtsbescherming is dit een nadeel, aangezien zo’n intrekking of weigering van een beschikking op grond van de Wet Bibob net zo ingrijpend kan zijn als een bestuurlijke sanctie.⁹

Van de bestuurlijke sanctie dient de bestuurlijke maatregel te worden onderscheiden. Van een bestuurlijke maatregel wordt gesproken indien:¹⁰

‘(...) een verplichting wordt opgelegd of een recht ontnomen zonder dat er een directe relatie is met een gepleegde overtreding.’

De weigering en intrekking van een beschikking op grond van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob kan mijns inziens worden gekwalificeerd als een bestuursrechtelijke maatregel, omdat het niet noodzakelijk is dat een gepleegde overtreding heeft plaatsgevonden. Artikel 3, eerste lid, Wet Bibob wordt toegepast op grond van de aanwezigheid van een ernstig gevaar dat de verleende of te verlenen beschikking wordt misbruikt om zodoende te voorkomen dat het bestuursorgaan strafbare feiten bevordert. Er is dus sprake van een weigering of intrekking wegens een toekomstverwachting of risico-inschatting. In die zin kan een weigering of intrekking op grond van artikel 3, eerste lid, Wet Bibob dan ook niet worden aangemerkt als een bestuurlijke sanctie, maar als een bestuurlijke

5 De paragraaf is gebaseerd op een deel uit B. van der Vorm, *Ernstig gevaar. Een juridisch-empirisch onderzoek naar aard, doel en toepassing van de Wet Bibob* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 169-171 en 174-176.

6 C.L.G.F.H. Albers, ‘De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie’, *NTB* 2009, p. 180.

7 ABRvS 4 februari 2015, *AB* 2015/163, m.nt. B. van der Vorm.

8 Rogier heeft betoogd dat de intrekking van een vergunning op grond van art. 3 lid 1 Wet Bibob, mogelijk wel is aan te merken als een sanctie. Zie de annotatie van L.J.J. Rogier onder EHRM 20 maart 2012, «EHC» 2012/159 (*Bingöl/Nederland*).

9 W. den Ouden, ‘De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 693.

10 F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 29.

maatregel.¹¹ Deze maatregel beoogt een ongewenste situatie te voorkomen.¹²

2.2 Het vaststellen van de mate van gevaar ten aanzien van de a-grond

De in de praktijk verreweg belangrijkste weigerings- en intrekingsgrond is neergelegd in artikel 3, eerste lid, Wet Bibob. Op grond van deze bepaling kunnen bestuursorganen een beschikking weigeren of intrekken, indien sprake is van een 'ernstig gevaar' dat de beschikking mede zal worden gebruikt om: uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten (a-grond),¹³ of om strafbare feiten te plegen (b-grond).¹⁴ In de Wet Bibob zijn criteria neergelegd aan de hand waarvan de mate van gevaar dient te worden vastgesteld. De criteria ten aanzien van het vaststellen van de mate van gevaar van de a-grond en de b-grond komen grotendeels met elkaar overeen. In artikel 3, tweede lid, Wet Bibob wordt nader aangegeven op grond van welke criteria het 'ernstige gevaar' ten aanzien van de a-grond dient te worden vastgesteld. Het eerste criterium kan worden gevonden in artikel 3, tweede lid, onder a, Wet Bibob. De mate van gevaar wordt vastgesteld op grond van de feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat met strafbare feiten zoals bedoeld in de a-grond. Deze feiten en omstandigheden, zijnde concrete indicaties voor betrokkenheid bij strafbare feiten, kunnen blijken uit justitiële en politieke gegevens. De zinsnede 'erop wijzen' doelt op veroordelingen en 'redelijkerwijs doen vermoeden' op transacties en opsporings- en vervolgingshandelingen.¹⁵

Het tweede criterium is neergelegd in artikel 3, tweede lid, onder b, Wet Bibob. Blijkens deze bepaling dient de ernst van het vermoeden te worden vastgesteld. Uit de memorie van toelichting blijkt dat een transactie een ernstiger vermoeden van betrokkenheid bij strafbare feiten oplevert dan wanneer een opsporingshandeling is gestart.¹⁶

De aard van de relatie – het derde criterium – dient op grond van artikel 3, tweede lid, onder c, Wet Bibob eveneens te worden bepaald. Deze relatie wordt nader uitgewerkt in het vierde lid van artikel 3 Wet Bibob. Zo staat de betrokkene in

relatie tot de strafbare feiten indien hij deze strafbare feiten zelf heeft begaan¹⁷ of een ander de strafbare feiten heeft gepleegd en de betrokkene met deze persoon in een zakelijk samenwerkingsverband staat of heeft gestaan.¹⁸

Ten slotte wordt de mate van het gevaar vastgesteld op grond van de grootte van de verkregen of te verkrijgen voordelen.¹⁹ Het gevaar van het plegen van strafbare feiten wordt groter naarmate deze voordelen groter zijn, aldus de memorie van toelichting.²⁰

2.3 Het vaststellen van de mate van gevaar ten aanzien van de b-grond

De criteria om de mate van het gevaar vast te stellen ten aanzien van de b-grond komen goeddeels overeen met de hiervoor besproken criteria, aangezien de criteria die zijn neergelegd in artikel 3, derde lid, onder b en c, Wet Bibob overeenkomen met hun 'tegenhangers' in artikel 3, tweede lid, onder b en c, Wet Bibob. Blijkens artikel 3, derde lid, onder a, Wet Bibob wordt de mate van gevaar vastgesteld op grond van feiten en omstandigheden die erop wijzen of redelijkerwijs doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot strafbare feiten die zijn gepleegd bij activiteiten die overeenkomen of samenhangen met activiteiten waarvoor de beschikking wordt aangevraagd dan wel is gegeven. In dit verband kan worden gedacht aan de situatie waarin een betrokkene zich in het verleden heeft beziggehouden met afvalverwerking, en in dat kader strafbare feiten heeft gepleegd, opnieuw een vergunning met betrekking tot afvalverwerking aanvraagt.²¹

In artikel 3, derde lid, onder d, Wet Bibob is neergelegd dat de mate van gevaar wordt bepaald op grond van het aantal gepleegde strafbare feiten. In de memorie van toelichting wordt hierover opgemerkt dat naarmate het aantal in het verleden gepleegde of vermoedelijk gepleegde strafbare feiten groter is, het gevaar dat ook in de toekomst strafbare feiten zullen worden gepleegd, ook groter is.²² Hoewel deze stelling geloofwaardig klinkt, is deze niet onderbouwd met enig empirisch materiaal. Ook kan de vraag worden opgeworpen hoe ver terug in de tijd het strafrechtelijke verleden van de betrokkene hem kan worden tegengeworpen. Indien een betrokkene in mei 2007 is veroordeeld wegens opzettelijk witwassen, waarbij hij gebruik heeft gemaakt van verschillende horecagelegenheden, en na de tenuitvoerlegging van zijn straf geen strafbare feiten meer heeft gepleegd, in december

11 Dit ligt mogelijk anders ten aanzien van de weigerings- en intrekingsgrond van art. 3 lid 6 Wet Bibob. Zie B. van der Vorm, 'De "strafrechtelijke" weigerings- en intrekking van art. 3 lid 6 Wet Bibob', *Gst.* 2013, p. 488-497.

12 Vgl. T. Kooijmans, *Op maat geregeld. Een onderzoek naar de naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 228.

13 Art. 3 lid 1 onder a Wet Bibob.

14 Art. 3 lid 1 onder b Wet Bibob.

15 *Kamerstukken II* 1999/00, 26883, 3, p. 62.

16 *Kamerstukken II* 1999/00, 26883, 3, p. 62.

17 Art. 3 lid 4 onder a Wet Bibob.

18 Art. 3 lid 4 onder c Wet Bibob.

19 Art. 3 lid 2 onder d Wet Bibob.

20 *Kamerstukken II* 1999/00, 26883, 3, p. 62.

21 *Kamerstukken II* 1999/00, 26883, 3, p. 62.

22 *Kamerstukken II* 1999/00, 26883, 3, p. 63.

2011 een horecavergunning aanvraagt, kan zijn strafrechtelijke verleden hem dan worden tegengeworpen? Met andere woorden, in hoeverre mag gebruik worden gemaakt van oude informatie? De Afdeling heeft in de bekende Yab Yum-zaak hierover een algemene regel opgesteld: indien de informatie nog niet is verwijderd uit de justitiële registraties kan deze informatie bij het Bibob-onderzoek en de -besluitvorming worden betrokken.²³

Uit de jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat het bestuursorgaan niet van voldoende aannemelijkheid van de in het advies van het Landelijk Bureau Bibob genoemde strafbare feiten mag uitgaan als betrokkene op het moment van het nemen van het besluit onherroepelijk is vrijgesproken of ontslagen van rechtsvervolgning ten aanzien van die feiten.²⁴ De Afdeling is van oordeel dat in dit geval hetzelfde heeft te gelden, nu ten tijde van het bij de rechtbank beroepen besluit vaststond dat ten aanzien van de overtreding van de Opiumwet, die aan de besluiten van 11 mei 2012 ten grondslag is gelegd, wegens onvoldoende bewijs geen strafrechtelijke vervolging meer zou plaatsvinden.²⁵

3 De strafrechtelijke context van het resocialisatiebeginsel

In de Nederlandse literatuur wordt het resocialisatiebeginsel gewoonlijk aangeduid:²⁶

‘(...) als een beginsel van tenuitvoerlegging dat een wettelijke uitwerking heeft gekregen in de penitentiaire wetgeving.’

Het resocialisatiebeginsel is van strafrechtelijke aard. De uitwerking van dit beginsel kan worden gevonden in artikel 2, tweede lid, Penitentiaire Beginselenwet. Zo blijkt uit de eerste volzin dat met handhaving van het karakter van de vrijheidsstraf of de vrijheidsbenemende maatregel de tenuitvoerlegging hiervan, zo veel mogelijk en afhankelijk van het gedrag van de betrokkene, dienstbaar wordt gemaakt aan de voorbereiding van de terugkeer in de maatschappij. Hoewel in deze bepaling de term ‘vrijheidsstraf’ is neergelegd, heeft dit beginsel nauwelijks betekenis voor bijvoorbeeld kortgestraften in een sober regime.²⁷ Het heeft vooral relevantie ten

aanzien van gedetineerden, die een langdurige gevangenisstraf uitzitten. Dit beginsel is niet uitsluitend van toepassing op de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen, maar ook op vrijheidsbenemende maatregelen. In dit verband kan worden gewezen op de ISD-maatregel, de tbs-maatregel en de voorlopige hechtenis.²⁸ Ten aanzien van de tbs-maatregel kan worden gewezen op het bepaalde in artikel 2, eerste lid, Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden:

‘De tenuitvoerlegging van een vrijheidsbenemende straf of maatregel in een inrichting voor verpleging van ter beschikking gestelden wordt zoveel mogelijk dienstbaar gemaakt aan de behandeling van de veroordeelde en de voorbereiding op diens terugkeer in de maatschappij, met inachtneming van het karakter van die vrijheidsbenemende straf of maatregel.’

Volgens het Nederlandse strafrechtelijke beleid heeft het resocialisatiebeginsel betekenis in het verband van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties, maar niet in de fase daarna.²⁹

De uitleg die de Nederlandse wetgever geeft aan het resocialisatiebeginsel staat op gespannen voet met de uitleg van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat, met name ten aanzien van lange gevangenisstraffen, in toenemende mate resocialisatie als strafdoel voorop wordt gesteld. Voorts wordt betekenis aan het resocialisatiebeginsel gegeven door de nadruk te leggen:³⁰

‘(...) op het versterken van het vermogen van de gedetineerde om normaal te functioneren in de vrije samenleving door het stimuleren van de eigen verantwoordelijkheid.’

De Nederlandse wetgever ziet de resocialisatie van gedetineerden echter steeds minder als vanzelfsprekend en in sommige situaties wordt resocialisatie actief tegengegaan. In de praktijk is de resocialisatie dus teruggedroefd naar een laag niveau.³¹

Het voorgaande laat zien dat sprake is van een spanning tussen de uitleg van het resocialisatiebeginsel door de Nederlandse wetgever en het EHRM. Meijer vraagt zich in

23 ABRvS 8 juli 2009, Gst. 2009/105, m.nt. A.E.M. van der Berg, «JB» 2009/183, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

24 ABRvS 9 mei 2012, «JB» 2012/161, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

25 ABRvS 11 februari 2015, AB 2015/146, m.nt. B. van der Vorm.

26 S. Meijer, ‘De opmars en evolutie van het resocialisatiebegrip. De betekenis en ontwikkeling van het resocialisatiebegrip in Europese en Nederlandse rechtspraak’, DD 2015, p. 696.

27 P.M. Schuyt & P. Jacobs, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, art. 2 PBW, aant. 2c.

28 C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 602.

29 Meijer, a.w., p. 696.

30 Meijer, a.w., p. 704.

31 Kelk & De Jong, a.w., p. 602; Meijer, a.w., p. 704. Zie ook M.M. Boone & W.F. van Hattum, ‘Promoveren en degraderen’ van gedetineerden. Het wetsvoorstel elektronische detentie en de dreigende afschaffing van de detentiefasering’, NJB 2014, p. 2179-2184; A.H. Klip, ‘De resocialisatiegedachte’, DD 2013, p. 261-269.

dit verband af in hoeverre de beperkte uitleg van dit beginsel door de Nederlandse wetgever houdbaar is.³² Waar geen discussie over bestaat, is dat het resocialisatiebeginsel toepasbaar is op de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen in een strafrechtelijke context. Met andere woorden, dit beginsel is dus niet van toepassing op bijvoorbeeld strafrechtelijke vrijheidsbeperkende maatregelen, zoals de tenuitvoerlegging van een strafrechtelijk gebiedsverbod ter handhaving van de openbare orde.³³ Heeft het resocialisatiebeginsel evenwel enige betekenis voor een weigering of intrekking van een vergunning wegens de aanwezigheid van een ernstig gevaar van misbruik dat door het Landelijk Bureau Bibob is gebaseerd op (relevante) strafrechtelijke veroordelingen van de betrokkene?

4 De betekenis van het strafdoel resocialisatie voor de Wet Bibob

4.1 Een voorbeeld uit de praktijk³⁴

In dit voorbeeld wordt door een grote gemeente in het westen van het land in 2012 een vergunningaanvraag ontvangen van een persoon, die voornemens is om een eetgelegenheid te exploiteren. De beleidsmedewerker van de betreffende gemeente, die de vergunningaanvraag onder zich krijgt, is van mening dat sprake is van een onduidelijke financiering en vraagt – met goedkeuring van het bevoegde bestuursorgaan – een advies aan bij het Landelijk Bureau Bibob. Het Landelijk Bureau Bibob voert een screening uit ten aanzien van de betrokkene. Uit deze screening blijkt dat de betrokkene beschikt over strafrechtelijke antecedenten. Er worden verschillende antecedenten buiten beschouwing gelaten, met name vanwege de gedateerdheid ervan, maar dit geldt niet ten aanzien van de strafrechtelijke veroordeling wegens deelneming aan een criminele organisatie; op 30 december 2005 is de betrokkene onherroepelijk veroordeeld tot vier jaar en zes maanden gevangenisstraf wegens deelneming aan een criminele organisatie met het oogmerk van overtreding van de Opiumwet (handel in hennep). Deze veroordeling wordt de betrokkene door het Landelijk Bureau Bibob zwaar aangerekend. Uit het advies van het Landelijk Bureau Bibob van 19 december 2012 blijkt namelijk dat sprake is van een ernstig gevaar van misbruik. De vergunningverlening wordt op grond van dit advies door het bestuursorgaan geweigerd. Deze weigering wordt door de rechtbank in stand gelaten,

waarna de betrokkene afziet om verder te procederen. Hoe dient deze procedure te worden beoordeeld in het licht van het resocialisatiebeginsel? In de gepubliceerde jurisprudentie over de toepassing van de Wet Bibob zijn – voor zover ik kan overzien – geen voorbeelden te vinden van zaken, waarin door de vergunningaanvrager of vergunninghouder wordt betoogd dat de weigering of intrekking van de vergunning in strijd zou zijn met het resocialisatiebeginsel. Toch lijkt – in ieder geval op het eerste gezicht – een bedoelde weigering of intrekking van een vergunning spanning op te leveren met het strafdoel van de resocialisatie. In dit voorbeeld uit de praktijk heeft de vergunningaanvrager na zijn detentie namelijk besloten om een vergunning aan te vragen om een eetgelegenheid te exploiteren. Hij heeft zijn gevangenisstraf uitgezeten en is strafrechtelijk beschouwd ‘afgestraft’. Na het hebben voldaan aan de opgelegde gevangenisstraf zou – beredeneerd vanuit het resocialisatiebeginsel – de betrokkene weer moeten worden geresocialiseerd in de maatschappij. In een bestuursrechtelijke Bibob-procedure kan deze veroordeling echter doorwerken. Er wordt dan vooral een verband gelegd tussen de aard van de bedrijfstak waar de betrokkene werkzaam wil zijn en de aard van de strafrechtelijke veroordelingen. De Afdeling hanteert de volgende standaardoverweging:³⁵

‘De voorzieningenrechter heeft evenzeer terecht overwogen dat de burgemeester als van algemene bekendheid in aanmerking mocht nemen dat de horecabranche kwetsbaar is voor risico’s die voortkomen uit delicten die gepaard gaan met geweld en intimidatie en de exploitatievergunning ook niet-gedoopte opiumdelicten kan faciliteren. Daarmee bestaat voldoende samenhang tussen de activiteiten, waartoe de exploitatievergunning strekt en de strafbare feiten, waarmee [bestuurder] in verband wordt gebracht.’

Ook in deze zaak bestaat een verband tussen de aard van de bedrijfstak – horeca – en de aard van de strafrechtelijke veroordeling – deelneming aan een criminele organisatie met het oogmerk van overtreding van de Opiumwet – en een weigering van de vergunning ligt dan volgens het bestuursorgaan in de rede; er is een ernstig gevaar dat de betrokkene – gezien zijn strafrechtelijke verleden – de vergunning gaat misbruiken. Er wordt een toekomstverwachting uitgesproken op grond van strafrechtelijke antecedenten. Zou deze gang van zaken in strijd kunnen zijn met het resocialisatiebeginsel? In hoeverre zou een dergelijk betoog van de betrokkene bij de bestuursrechter succesvol kunnen zijn?

32 Meijer, *a.w.*, p. 704.

33 B. van der Vorm, ‘Strafrechtelijke gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde’, *DD* 2017, p. 344-360.

34 Het betreft hier de zaakbeschrijving van zaak 61, hetgeen onderdeel uitmaakt van het empirische onderzoek, dat is beschreven in Van der Vorm, *a.w.* (2016), p. 335-386.

35 ABRvS 12 juni 2013, *AB* 2014/4, m.nt. B. van der Vorm, r.o. 5.2.

4.2 Het resocialisatiebeginsel en de resocialisatiegedachte

Resocialisatie betekent volgens de Raad van Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming dat met het oog op herstel, de samenleving bereid moet zijn om de terugkeer en maatschappelijke integratie van justitiabelen mogelijk te maken en uitsluitingsmechanismen, zoals de Verklaring Omtrent het Gedrag, moeten niet in gemakkelijke automatismen worden neergelegd.³⁶ Ook wijst de Raad in het verband van de Verklaring Omtrent het Gedrag op de proportionaliteit:³⁷

‘Tot slot is de proportionaliteit in het geding als de strafrechtelijke sanctie reeds is afgelopen. Het fenomeen “straf na de straf” heeft betrekking op de doorwerking van de strafrechtelijke veroordeling als hinderpaal voor maatschappelijke re-integratie.’

De opmerking ‘straf na de straf’ heeft in juridische zin geen betekenis ten aanzien van de Wet Bibob. Uit staande jurisprudentie blijkt immers dat de weigering of intrekking van een vergunning niet is aan te merken als een bestraffende sanctie; er is sprake van een bestuurlijke maatregel. Daarnaast is de weigering of intrekking van een vergunning ook niet aan te merken als een vrijheidsbenemende maatregel. Het resocialisatiebeginsel, opgevat als het beginsel dat de tenuitvoerlegging van de straf mede dienstbaar wordt gemaakt aan de voorbereiding van de terugkeer van gedetineerden in het maatschappelijk leven, is van toepassing op gedetineerden in een strafrechtelijke context. De bestuursrechtelijke context van de Wet Bibob valt hier niet onder. Ook is het resocialisatiebeginsel van toepassing op de fase van de tenuitvoerlegging en niet de fase erna. Er is dan ook geen sprake van een strijd tussen het (strafrechtelijke) resocialisatiebeginsel en de toepassing van de Wet Bibob.³⁸

Dit ligt anders ten aanzien van de resocialisatiegedachte. Op grond van deze gedachte moeten veroordeelden ooit worden geresocialiseerd en niet gestigmatiseerd. Personen die voor hun daad zijn beboet, dienen dit niet te worden nagedragen. Een veroordeelde die een gevangenisstraf heeft uitgezeten en ziet dat zijn vergunningaanvraag wordt geweigerd in verband met deze veroordeling, terwijl hij op bonafide gronden wil

deelnemen aan het economisch verkeer, zal veelal aan het kortste eind trekken, juist vanwege de risico-inschatting. Op deze wijze wordt de resocialisatie van deze persoon bemoeilijkt en kan worden betoogd dat de weigering of intrekking van een vergunning in strijd is met de resocialisatiegedachte. De resocialisatiegedachte als zodanig is echter geen juridisch afdwingbare norm, waardoor een dergelijk betoog ook geen stand zal houden bij de bestuursrechter. Dit betekent echter geenszins dat de resocialisatiegedachte geen rol kan spelen in een Bibob-procedure.

4.3 De evenredigheidstoetsing van het bestuursorgaan en de resocialisatiegedachte

Het is duidelijk dat het primaat van de Wet Bibob is gelegen in de risico-inschatting. Op grond van een waardering van het strafrechtelijke verleden van de betrokkene wordt een taxatie gemaakt: er is sprake van ‘geen gevaar’, een ‘mindere mate van gevaar’ of een ‘ernstig gevaar’. Zou in het verband van de toepassing van de Wet Bibob meer aandacht dienen te worden besteed aan de resocialisatiegedachte? Naar mijn mening komt het neer op de belangenafweging van het bestuursorgaan. Op grond van artikel 3, vijfde lid, Wet Bibob, vindt een weigering of intrekking van een vergunning slechts plaats, indien deze evenredig is met de mate van het gevaar (a-grond) en voor zover het ernstig gevaar als bedoeld in het eerste lid, onder b, betreft, de ernst van de strafbare feiten (b-grond). Uit de praktijk blijkt dat het bestuursorgaan vooral het algemene belang (het tegengaan van de bevordering van misdaad door het openbaar bestuur) afweegt tegen het individuele belang van de vergunningaanvrager (het financiële nadeel dat de aanvrager lijdt), waarbij de balans vrijwel altijd doorslaat in de richting van het bestuursorgaan. Hoewel commentaar kan worden gegeven op deze uitvoering van de evenredigheidstoetsing,³⁹ kan het bestuursorgaan het belang van de resocialisatie laten meewegen in de evenredigheidstoetsing. Het ligt dan in de rede dat de betrokkene tijdens de zienswijze aangeeft dat zijn resocialisatie met een weigering of intrekking wordt bemoeilijkt en dit in strijd is met de resocialisatiegedachte. Dit belang kan vervolgens door het bestuursorgaan worden meegewogen in de evenredigheidstoetsing. Op deze wijze kan door het bestuursorgaan invulling worden gegeven aan de resocialisatiegedachte, indien deze de Wet Bibob toepast.

36 Raad van Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Visie op strafrechtelijke sanctietoepassing. Versterken van samenhang, betrokkenheid en vertrouwen*, Den Haag: 2016, p. 26.

37 Raad van Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *a.w.*, p. 17.

38 Het feit dat het resocialisatiebeginsel niet van toepassing is op de Bibob-procedure betekent niet dat andere strafrechtelijke beginselen ook niet van toepassing zijn. Een ander strafrechtelijk ‘beginsel’ – de onschuldpresumptie – is namelijk wél van toepassing op de Wet Bibob en deze kan ook worden geschonden. Zie ABRvS 11 februari 2015, AB 2015/145, m.nt. B. van der Vorm.

39 Zie de zesde opmerking in de annotatie van B. van der Vorm onder ABRvS 23 oktober 2013, AB 2014/39.

5 Conclusie

De Wet Bibob verschaft het bestuursorgaan een instrument om op grond van – vooral⁴⁰ – strafrechtelijke anteceden ten een vergunning te kunnen weigeren of intrekken. Het doel van deze wet is om de integriteit van het openbaar bestuur te beschermen en te voorkomen dat de (georganiseerde) misdaad door toedoen van dit bestuur wordt bevorderd. Al vóór de inwerkingtreding van deze wet is commentaar geuit op het systeem van de Wet Bibob. Zo is opgemerkt dat de weigering of intrekking van een vergunning op grond van de Wet Bibob is aan te merken als een ‘economische doodstraf’ en het op gespannen voet staat met de resocialisatiegedachte.⁴¹ Tegen deze achtergrond is in deze bijdrage de vraag opgeworpen hoe de toepassing van de Wet Bibob zich verhoudt tot het strafdoel van resocialisatie. In dit verband dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het resocialisatiebeginsel en de resocialisatiegedachte. Het resocialisatiebeginsel is een beginsel dat is toegesneden op de strafrechtelijke context en is neergelegd in artikel 2, tweede lid, Penitentiare Beginselenwet en in artikel 2, eerste lid, Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden. Deze bepalingen zijn gericht op vrijheidsstraffen en vrijheidsbenemende maatregelen. Ten aanzien van de overige strafrechtelijke sancties en bestuurlijke sancties en maatregelen is het resocialisatiebeginsel niet van toepassing. Ook in de Europese context dient

sprake te zijn detentie.⁴² Er is aldus geen aanleiding om te veronderstellen dat het resocialisatiebeginsel van toepassing is op de Wet Bibob. Dit ligt anders ten aanzien van de resocialisatiegedachte. Indien een veroordeelde een gevangenisstraf heeft uitgezeten en ziet dat zijn vergunningaanvraag wordt geweigerd in verband met deze veroordeling, terwijl hij op bonafide gronden wil deelnemen aan het economisch verkeer, zal hij veelal aan het kortste eind trekken. Op deze wijze wordt de resocialisatie van deze persoon bemoeilijkt en kan worden betoogd dat de weigering of intrekking van een vergunning wegens de aanwezigheid van een ernstig gevaar van misbruik, in strijd is met de resocialisatiegedachte. De resocialisatiegedachte als zodanig is echter geen juridisch afdwingbare norm, waardoor een dergelijk betoog ook geen stand zal houden bij de bestuursrechter. In de fase van zienswijze is wellicht meer mogelijk voor de betrokkene. Tijdens deze fase kan de betrokkene aangeven dat zijn resocialisatie met een weigering of intrekking van de vergunning wordt bemoeilijkt. Het bestuursorgaan kan het belang van de resocialisatie laten meewegen in de evenredigheidstoetsing. Op deze wijze kan door het bestuursorgaan invulling worden gegeven aan de resocialisatiegedachte, indien deze de Wet Bibob toepast. Dit zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot de situatie waarin het bestuursorgaan afwijkt van een ‘ernstig gevaar’-advies van het Landelijk Bureau Bibob en motiveert dat sprake is van een mindere mate van gevaar om zodoende de vergunning met voorschriften te kunnen verlenen. De verwachtingen ten aanzien van een beroep op de resocialisatiegedachte tijdens een Bibob-procedure dienen echter niet al te hooggespannen te zijn. Het komt namelijk neer op de evenredigheidstoetsing van de burgemeester, die door de bestuursrechter marginaal wordt getoetst en dergelijke evenredigheidstoetsingen vallen in de regel in het nadeel van de betrokkene uit.

40 Ook bestuursrechtelijke anteceden ten kunnen worden gebruikt ter motivering van de mate van het gevaar. In dit verband wordt verwezen naar het bepaalde in art. 3 lid 8 Wet Bibob.

41 Buruma, *a.w.*, p. 359-363.

42 Meijer, *a.w.*, p. 689.



40. De (uitbreiding) recidiveregeling ernstige verkeersdelicten

Tijdens een politiecontrole geeft een verbalisant een stopteken aan een automobilist vanwege zijn rijgedrag. De politieagent vordert van de bestuurder zijn medewerking aan een alcoholonderzoek. De bestuurder blijkt zodanig onder invloed van alcohol te zijn dat de agent zijn rijbewijs invordert. Het blijkt de tweede keer in drie jaar te zijn dat de bestuurder onder invloed achter het stuur is gekropen. De verbalisant stuurt het proces-verbaal naar het Openbaar Ministerie en de bestuurder wordt vervolgd voor het rijden onder invloed. Tevens meldt de agent de staandehouding van de automobilist bij het CBR, vanwege het vermoeden van ongeschiktheid. Na het strafrechtelijke traject – en eventueel een bestuursrechtelijk traject bij het CBR – volgt na het onherroepelijk worden van het vonnis een onaangename verrassing voor de betrokkene. Zijn rijbewijs is van rechtswege ongeldig geworden en hij mag dus geen rijbewijsplichtig motorrijtuig meer besturen.

1 Inleiding

De mogelijkheden om op te treden tegen ernstige verkeers-overtredingen waren in de beginjaren van deze eeuw volgens de wetgever onvoldoende. Er moest een mogelijkheid komen om strenger tegen deze categorie overtredingen te kunnen optreden. In 2005 werd hiertoe een eerste wetsvoorstel ingediend. Dit bestond uit twee elementen: ten eerste zou bij AMvB aangewezen verkeersovertredingen een rijontzegging van bij AMvB bepaalde duur moeten volgen. De rechter had hierbij wel de mogelijkheid om bij bijzondere hardheid van de voorgeschreven rijontzegging af te wijken. Ten tweede zou het rijbewijs van rechtswege ongeldig worden als een rijontzegging van een jaar of meer werd opgelegd. Door de opgenomen hardheidsclausule kon de rechter ervoor zorgen dat er een kortere rijontzegging werd opgelegd en het rijbewijs niet van rechtswege ongeldig zou worden.¹

De Tweede Kamerleden Wolfsen en Weekers dienden een amendement in om dit wetsvoorstel aanzienlijk te wijzigen.² Dit amendement bracht twee wijzigingen met zich. De voor-

gestelde regeling werd beperkt tot het rijden onder invloed van alcohol en een tweede onherroepelijke veroordeling of strafbeschikking had de ongeldigheid van rechtswege tot gevolg, ongeacht welke straf of maatregel was opgelegd. De hardheidsclausule voor de rechter kwam hiermee te vervallen. De regeling moest dus worden toegepast zonder aanzien des persoons om degenen die herhaaldelijk onder invloed van alcohol hadden gereden uit het verkeer te halen.

In 2008 werd het wetsvoorstel voor de invoering van de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten in het Staatsblad gepubliceerd³ om uiteindelijk op 1 juni 2011 in werking te treden.^{4,5} Anders dan deze term doet vermoeden is uiteindelijk, conform het amendement, alleen het rijden onder invloed van alcohol onder de regeling komen te vallen. In artikel 123b van de Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994) is door de wetgever de mogelijkheid geïntroduceerd om onder bepaalde voorwaarden het rijbewijs van bestuurders die vaker onder invloed van alcohol hebben gereden van

3 Stb. 2008, 433.

4 Stb. 2011, 239.

5 Zie voor een uiteenzetting van de totstandkoming van de recidiveregeling M. Kessler, 'De recidiveregeling voor ernstige verkeersdelicten', *Ars Aequi* 2008, p. 906-909.

1 Kamerstukken II 2005/06, 30324, 2.

2 Kamerstukken II 2005/06, 30324, 12.

rechtswege ongeldig te laten worden. De wetgever gaat ervan uit dat iemand die herhaaldelijk onder invloed van alcohol rijdt, niet geschikt en rijvaardig genoeg is om aan het verkeer deel te nemen.⁶ Om een nieuw rijbewijs te kunnen krijgen, moet diegene van wie het rijbewijs van rechtswege ongeldig is geworden zijn rijvaardigheid en -geschiktheid aantonen. Rijden onder invloed van drugs viel niet onder de regeling. Om naast het rijden onder invloed van alcohol ook het rijden onder invloed van drugs strenger te kunnen aanpakken is op 1 juli 2017 de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten uitgebreid met drugsfeiten.

In dit artikel wordt ingegaan op de vormgeving en praktijkvoorbeelden van de uitvoering van de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten. Paragraaf 2 gaat in op de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten en de recente uitbreiding hiervan met drugsfeiten. Hierbij wordt onder andere aandacht besteed aan de totstandkoming en de vormgeving van deze wetgeving. In paragraaf 3 wordt de samenloop van de recidiveregeling met andere strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties besproken. Paragraaf 4 schetst enkele situaties waaruit blijkt dat de regeling en de gevolgen daarvan bij de veroordeelde bestuurders vaak als een verrassing komen. Ten slotte wordt in paragraaf 5 tot afronding overgegaan.

2 De recidiveregeling ernstige verkeersdelicten

Rijden onder invloed van alcohol in het verkeer kan de verkeersveiligheid ernstig in gevaar brengen. Vanuit politiek oogpunt werden de sancties die voor rijden onder invloed werden opgelegd niet afdoende beoordeeld om de verkeersveiligheid te waarborgen. Er moest een sanctie komen die ervoor zorgde dat bestuurders die onder invloed van alcohol reden strenger konden worden gesanctioneerd. Aangezien de recidiveregeling alleen zag op het rijden onder invloed van alcohol bestond nog steeds de politieke wens om het rijden onder invloed van drugs onder het bereik van de recidiveregeling te brengen. Per 1 juli 2017 is de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten uitgebreid met drugsfeiten.⁷ Met deze wijziging/inwerkingtreding wordt tegemoetgekomen aan een breed gedragen wens vanuit de Tweede Kamer.⁸ In deze paragraaf wordt ingegaan op de vormgeving en de werking van de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de gevolgen die de toepassing van de recidiveregeling heeft voor de betrokkenen en voor welke onaangename verrassingen deze kan komen te staan.

2.1 Recidiveregeling

Met de inwerkingtreding van de recidiveregeling werd een derde rijbewijssanctie opgenomen in de Wegenverkeerswet 1994.⁹ Op grond van artikel 123b WVV 1994 verliest een rijbewijs van rechtswege zijn geldigheid indien de houder onherroepelijk wordt veroordeeld wegens het rijden onder invloed van alcohol, drugs en/of medicijnen, het weigeren van een adem- of bloedonderzoek, beide al dan niet in combinatie met artikel 6 WVV 1994, terwijl ten tijde van het begaan van het tweede feit nog geen vijf jaren zijn verstreken na een eerdere onherroepelijke veroordeling voor een van deze feiten. Voor het rijden onder invloed van alcohol (art. 8 lid 2, 3 en 4 WVV 1994 al dan niet in combinatie met art. 6 WVV 1994) geldt voor het tweede punt een grenswaarde van 570 µg/l of 1,3‰. De recidiveregeling ernstige verkeersdelicten is opgebouwd als puntenstelsel. Er wordt een punt gescoord op het moment dat een rechterlijke veroordeling of een strafbeschikking voor een puntwaardig delict onherroepelijk wordt dan wel op het moment dat de verdachte een transactie heeft betaald voor een dergelijk delict.

Voor de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten kan er een punt worden gescoord indien er een puntwaardig delict is gepleegd. Deze delicten staan limitatief opgesomd in artikel 123b, eerste lid, WVV 1994:

- het rijden onder invloed van alcohol, drugs en/of medicijnen, zoals bedoeld in artikel 8, eerste, tweede, derde, vierde of vijfde lid, WVV 1994;
- het weigeren van medewerking aan een adem- of bloedonderzoek, zoals bedoeld in artikel 163, tweede, zesde, achtste of negende lid, WVV 1994; en
- het culpoos veroorzaken van een ernstig verkeersongeval onder invloed van alcohol, drugs en/of medicijnen c.q. gevolgd door een weigering medewerking te verlenen aan een adem- of bloedonderzoek, zoals bedoeld in artikel 6 WVV 1994.

De voorwaarden voor het scoren van een eerste punt zijn:

- de betrokkene is onherroepelijk veroordeeld voor een puntwaardig delict. Op grond van artikel 123b, tweede lid, WVV 1994 wordt voor de toepassing van de recidiveregeling de onherroepelijke strafbeschikking en de betaalde transactie met een onherroepelijke veroordeling gelijkgesteld;
- het feit moet zijn gepleegd na de inwerkingtreding van de recidiveregeling. Voor het rijden onder invloed van alcohol en het weigeren van medewerking aan een alcoholonderzoek, al dan niet in combinatie met artikel 6 WVV 1994, is dit 1 juni 2011. Voor het rijden onder invloed

6 Kamerstukken I 2007/08, 30324, C, p. 3.

7 Stb. 2014, 375.

8 Kamerstukken II 2010/11, 29398, 268, p. 2.

9 Kessler, a.w., p. 906.

van drugs en/of een andere stof (al dan niet in combinatie met alcohol) en het weigeren van medewerking aan een bloedonderzoek, al dan niet in combinatie met artikel 6 WVV 1994, is dit 1 juli 2017;

- de veroordeelde heeft het feit gepleegd als bestuurder van een motorrijtuig waarvoor een rijbewijs is vereist. Dit is bij de wetwijziging in juli 2017 niet expliciet opgenomen in de tekst van artikel 123b WVV 1994, maar dit volgt uit de wetsgeschiedenis.¹⁰ Voor het tweede punt is dit wel aangepast.

De voorwaarden voor het scoren van een tweede punt en daarmee de ongeldigheid van rechtswege zijn:

- er moet worden voldaan aan alle voorwaarden voor een eerste punt;
- ten tijde van het begaan van het strafbare feit zijn er nog geen vijf jaren verstreken sinds een eerdere onherroepelijke veroordeling voor een puntwaardig delict;
- voor het rijden onder invloed van alcohol (art. 8 lid 2, 3 en 4 WVV 1994 al dan niet in combinatie met art. 6 WVV 1994) moet het alcoholgehalte hoger zijn dan 570 µg/l of 1,3‰.

De genoemde puntwaardige delicten kunnen ook in combinatie met elkaar tot een ongeldigheid van rechtswege leiden. Als bijvoorbeeld het eerste punt wordt gescoord voor het rijden onder invloed van drugs, wordt het rijbewijs van rechtswege ongeldig als de veroordeelde een tweede punt scoort voor het rijden onder invloed van alcohol of weigert zijn medewerking te verlenen aan een adem- of bloedonderzoek. De uitbreiding van de reikwijdte van de recidiveregeling kent geen overgangsregeling wat betreft eerder behaalde punten. Als iemand voor 1 juli 2017 al een punt heeft gescoord voor het rijden onder invloed van alcohol, levert dat meteen een tweede punt op als hij na 1 juli 2017 rijdt onder invloed van drugs en hiervoor onherroepelijk wordt veroordeeld.

2.2 Registratiesysteem

Het scoren van een eerste punt heeft voor de betrokkene geen directe consequenties. Het scoren van een tweede punt heeft tot gevolg dat het rijbewijs van rechtswege ongeldig wordt. De registratie van de punten wordt vastgelegd in het Justitieel Documentatie Systeem (JDS). Indien iemand een tweede punt scoort en het rijbewijs daarmee van rechtswege ongeldig wordt, registreert de officier van justitie dit op grond van artikel 150, eerste lid, aanhef en onder f, Reglement rijbewijzen in het Centraal Rijbewijzen Register (CRR) van de Rijksdienst voor het Wegverkeer (RDW). Als

het rijbewijs al eerder om een andere reden zijn geldigheid heeft verloren, plaatst de officier van justitie op grond van artikel 123b, derde lid, WVV 1994 een aantekening in het CRR waaruit blijkt dat de betrokkene bij de aanvraag van een nieuw rijbewijs moet aantonen dat hij beschikt over de rijvaardigheid en de lichamelijke en geestelijke geschiktheid die is vereist voor het besturen van een motorrijtuig van de categorie of categorieën waarop de door de houder overgelegde aanvraag betrekking heeft.

Het wettelijke systeem van de recidiveregeling maakt het mogelijk om meerdere eerste punten te scoren. Dit zal het geval zijn indien er meer dan vijf jaren zijn verstreken na de onherroepelijke afdoening van een eerder feit. Daarnaast wordt er geen tweede punt gescoord indien het alcoholgehalte van de veroordeelde bestuurder, bij vervolging op grond van artikel 8, tweede, derde of vierde lid, WVV 1994, onder de grenswaarde van 570 µg/l of 1,3‰ blijft. Een tweede punt wordt alleen gescoord indien alle voorwaarden voor het intreden van een ongeldigheid van rechtswege zijn vervuld. Door de uitbreiding van de recidiveregeling zou in bepaalde gevallen de situatie kunnen ontstaan dat bij een lager alcoholgehalte dan 570 µg/l de rechter de overtreding van artikel 8, tweede lid, WVV 1994 niet bewezen acht, maar wel subsidiair veroordeelt voor artikel 8, eerste lid, WVV 1994. Het rijbewijs van de betrokkene wordt dan van rechtswege ongeldig, ook al blijft hij onder de grenswaarde van artikel 8, tweede lid, WVV 1994.

2.3 Houders van een buitenlands rijbewijs

Lid 5 van artikel 123b WVV 1994 bepaalt dat de recidiveregeling niet alleen van toepassing is op houders van Nederlandse rijbewijzen, maar ook op houders van buitenlandse rijbewijzen die in Nederland woonachtig zijn. Het is daarbij van belang op te merken dat een houder van een buitenlands rijbewijs niet in Nederland woonachtig hoeft te zijn op de pleegdatum van het tweede feit. Een buitenlands rijbewijs wordt van rechtswege ongeldig op het moment dat het vonnis onherroepelijk wordt en de houder op dat moment in Nederland woonachtig is. Op het moment dat een houder van een buitenlands rijbewijs op de onherroepelijkheidsdatum niet in Nederland woont, leidt dat niet tot een tweede punt. De betrokkene scoort een nieuw eerste punt, waarna een nieuwe recidivetermijn van vijf jaren gaat lopen.

2.4 Gevolgen voor de veroordeelde

Het scoren van een tweede punt heeft tot gevolg dat het rijbewijs van rechtswege ongeldig wordt. Er is hiervoor geen aanvullend onderzoek nodig. De ongeldigheid van rechtswege heeft betrekking op alle categorieën die op het rijbewijs staan, inclusief categorie AM. Dit ter onderscheid van de

¹⁰ *Handelingen I* 2008/09, 4, p. 182 en 189.

bestuursrechtelijke ongeldigverklaring, waarbij categorie AM in bepaalde gevallen geldig blijft. Op grond van artikel 123b, vierde lid, WVV 1994 is diegene van wie het rijbewijs van rechtswege ongeldig is geworden verplicht het rijbewijs in te leveren bij de RDW en op grond van artikel 180, vijfde lid, WVV 1994 geleidt de officier van justitie na de inhouding van het rijbewijs of de ontzegging van de rijbevoegdheid (OBM) door naar de RDW. Het niet meer mogen besturen van een motorrijtuig waarvoor een rijbewijs is vereist, kan grote gevolgen hebben voor de betrokkene en zijn privéleven. Denk hierbij aan het verlies van zijn baan of het niet meer kunnen verlenen van mantelzorg, indien hij hierbij afhankelijk is van het besturen van motorvoertuigen. Een bestuurder van wie het rijbewijs van rechtswege ongeldig is geworden, kan weer in het bezit komen van een nieuw geldig rijbewijs door opnieuw theorie- en praktijkexamen te doen en door zijn (medische) geschiktheid aan te tonen. Hiervoor moet hij gebruikmaken van de procedure ex artikel 42a e.v. Reglement Rijbewijzen. Op grond van deze procedure heeft de betrokkene de mogelijkheid om alleen examen te doen en zijn geschiktheid aan te tonen voor de zwaarste categorie die op het oorspronkelijke rijbewijs stond, om alle categorieën weer terug te krijgen.

Indien de betrokkene toch besluit een motorrijtuig te besturen dat behoort tot een categorie waarvoor het van rechtswege ongeldig geworden rijbewijs was afgegeven, pleegt hij het misdrijf van artikel 9, tweede lid, tweede volzin, WVV 1994. Hier staat volgens de OM-richtlijnen en de oriëntatiepunten van de rechterlijke macht twee weken onvoorwaardelijke gevangenisstraf op. Het Hof Den Haag heeft recent geoordeeld dat voor een bewezenverklaring van artikel 9, tweede lid, tweede volzin, WVV 1994 wel is vereist dat de strafrechter zelf moet kunnen vaststellen of het rijbewijs daadwerkelijk op grond van artikel 123b WVV 1994 van rechtswege ongeldig is geworden.¹¹

2.5 Rechtsbescherming

De ongeldigheid van rechtswege is een rechtsgevolg dat rechtstreeks uit de wet voortvloeit. Dat wil zeggen dat hier geen rechtsmiddelen tegen openstaan. Het is conform de bedoeling van de wetgever dat de rechter geen hardheidsclausule kan toepassen.¹² Ook de officier van justitie kan hierbij geen rekening houden met de omstandigheden van het geval. Het is de vraag of er geen rechtsmiddel tegen de ongeldigheid van rechtswege moet openstaan. Dit in het licht van artikel 6 EVRM en de vraag of de ongeldigheid van rechtswege moet worden gezien als een criminal charge. Over dit vraagstuk

heeft de voorzieningenrechter zich nog niet durven uitlaten, omdat de uitkomst hiervan in een eventuele bodemprocedure nog zeer ongewis is.¹³ Inmiddels heeft het Hof Den Haag zich wel over dit vraagstuk uitgelaten.¹⁴ Hier oordeelde de meervoudige kamer dat er bij de ongeldigheid van rechtswege op grond van artikel 123b WVV 1994 naar haar aard en zwaarte geen sprake is van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Voor de vraag of er sprake is van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM zijn door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onder andere in de zaak Engel maatstaven ontwikkeld.¹⁵ Hierbij dienen de volgende criteria te worden betrokken:

- de classificatie naar nationaal recht: het rijden onder invloed van alcohol is enerzijds strafbaar gesteld en kan anderzijds ook bestuursrechtelijke consequenties hebben;
- de aard van het delict: het rijden onder invloed brengt de veiligheid van verkeersdeelnemers in gevaar en is door de wetgever als misdrijf gekwalificeerd;
- de aard en zwaarte van de maatregel die met de overtreding wordt geriskeerd: de wetgever heeft de ongeldigheid van rechtswege van het rijbewijs gekarakteriseerd als een bestuursrechtelijk rechtsgevolg.¹⁶

2.6 Informatievoorziening

In 2015 heeft Significant, in opdracht van het WODC, onderzoek gedaan naar de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten. Als verbeterpunt van de regeling wordt de informatievoorziening naar de burgers genoemd. Burgers zijn niet of onvoldoende op de hoogte van het bestaan van de regeling en de gevolgen die een tweede onherroepelijke veroordeling kan hebben. Dit heeft onder andere te maken met het ontbreken van waarschuwingsbrieven en het feit dat de recidiveregeling niet op zitting ter sprake wordt gebracht. Er lijkt sprake te zijn van een speciaal preventieve werking indien de mensen op de hoogte zijn van het bestaan van de regeling, gevoelig zijn voor de dreiging van de sanctie, over vaardigheden beschikken om het eigen gedrag aan te passen en de subjectieve pakkans groot genoeg is.¹⁷ Pas na het tweede punt en de ongeldigheid van rechtswege werd de veroordeelde hierover geïnformeerd en raakte hij veelal voor het eerst op de hoogte van de gevolgen van de recidiveregeling. Het Openbaar Ministerie en het CJIB versturen inmiddels waarschuwingsbrieven om de betrokkenen te informeren over het feit dat zij een

11 Hof Den Haag 2 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1472.

12 Zie hiervoor de inleiding van dit artikel.

13 Rb. Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14110, r.o. 4.7.

14 Hof Den Haag 21 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1110.

15 EHRM 8 juni 1976, NJ 1978/223.

16 Hof Den Haag 21 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1110.

17 M. Goedvolk, M. Doumen & A. Walberg, *Evaluatie Recidiveregeling ernstige verkeersdelicten*, Barneveld: Significant 2015, par. 3.3, 3.4 en 3.7.

eerste punt hebben gescoord.¹⁸ Ook wordt op zittingen meer aandacht besteed aan de regeling. Zo kunnen burgers eerder worden geconfronteerd met het bestaan van de regeling. Voor een optimaler werking van de regeling en een betere preventieve werking is het van belang dat de recidiveregeling onder burgers bekender wordt.

2.7 Wetsvoorstel Wet nuchter op weg

Al voordat de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten werd uitgebreid met drugsfeiten bestond er in de Tweede Kamer de wens om de regeling nog strenger te maken. Dit heeft geleid tot het initiatiefwetsvoorstel van het toenmalig Tweede Kamerlid Hoogland (inmiddels Kuiken). Dit wetsvoorstel wil het rijden onder invloed van alcohol strenger aanpakken. Een onderdeel van dit voorstel is het verlagen van de alcoholgrenswaarde bij het tweede punt. De grenswaarde wordt verlaagd naar 350 µg/l of 0,8‰. Bestuurders die een tweede keer worden veroordeeld voor het rijden onder invloed halen eerder de grenswaarde waardoor het rijbewijs van rechtswege ongeldig wordt.¹⁹

3 Samenloop

Bestuurders kunnen vanwege het rijden onder invloed van alcohol of drugs via verschillende wegen worden aangepakt. Het OM kan besluiten tot een strafrechtelijke vervolging, het CBR kan besluiten tot het opleggen van een bestuursrechtelijke maatregel en het rijbewijs kan van rechtswege ongeldig worden. Het rechtsgevolg van de ongeldigheid van het rijbewijs wordt door de wetgever als bestuursrechtelijk bestempeld.²⁰ Toch treedt dit rechtsgevolg pas in na twee onherroepelijke strafrechtelijke veroordelingen. De recidiveregeling heeft dus zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke raakvlakken. In deze paragraaf wordt ingegaan op de samenloop van de regeling met het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke traject en de verwarring die soms ontstaat vanwege de Maatregel beginnende bestuurders.²¹

3.1 Strafrechtelijk traject

De delicten die onder de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten vallen zijn door de wetgever bestempeld als misdrijf. Om punten te kunnen scoren in het kader van de recidiveregeling moet er een onherroepelijke veroordeling volgen. De bestuurder die punten scoort in het kader van de

recidiveregeling krijgt dus altijd te maken met een strafrechtelijk traject naast de toepassing van de recidiveregeling. In de strafzaak kan de officier van justitie in ernstige gevallen gevangenisstraf eisen, daarnaast heeft de officier de mogelijkheid om voor de overtreding van de puntwaardige delicten een taakstraf, geldboete of OBM te eisen. Daarnaast kan de officier zelfstandig een strafbeschikking opleggen of een transactie aanbieden. Deze strafrechtelijke sancties lopen dus altijd naast het toekennen van tweede punten en het eventueel ongeldig worden van het rijbewijs. Indien de rechter besluit tot het opleggen van een OBM, mag de bestraft gedurende de opgelegde periode geen motorrijtuig besturen. Wanneer in deze zaak tevens een tweede punt wordt gescoord, heeft de betrokkene zich aan twee verschillende rijbewijsmaatregelen te houden op basis waarvan hij geen motorrijtuig meer mag besturen.

3.2 Bestuursrechtelijk traject

Bij het rijden onder invloed kan de politie op grond van artikel 130, eerste lid, WVV 1994 een mededeling doen aan het CBR als het vermoeden bestaat dat de betrokken bestuurder niet langer beschikt over de vereiste rijvaardigheid en/of geschiktheid. Op grond van de Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011 kan het CBR bij bepaalde geconstateerde alcoholgehalten, bij rijden onder invloed van drogerende stoffen en bij bepaalde recidive besluiten om een cursus EMA/LEMA (alleen bij alcohol) dan wel een geschiktheidsonderzoek op te leggen. De burger moet deze kosten zelf betalen. Als de betreffende bestuurder ongeschikt uit het onderzoek komt, niet deelneemt aan het onderzoek of de cursus, verklaart het CBR het rijbewijs ongeldig. Ook deze ongeldigverklaring door het CBR kan bestaan naast de ongeldigheid van rechtswege. In beide gevallen mag de betrokkene geen rijbewijsplichtig motorrijtuig besturen. Daarnaast moet de betrokkene, indien zijn rijbewijs van rechtswege ongeldig is geworden, een onderzoek naar de geschiktheid ondergaan om weer een geldig rijbewijs te kunnen verkrijgen. Dit kan samenvallen met het door het CBR opgelegde geschiktheidsonderzoek vanwege het rijden onder invloed.

3.3 Ne bis in idem

Zoals in paragraaf 3.1 en 3.2 hiervoor is uiteengezet, valt de toepassing van de recidiveregeling samen met een strafrechtelijke veroordeling en kan de regeling samenvallen met een bestuursrechtelijke maatregel. De ongeldigheid van rechtswege wordt door veel veroordeelde bestuurders gezien als een dubbele of in sommige gevallen zelfs een driedubbele bestraffing. De toepassing van de recidiveregeling zou daarom in strijd zijn met het ne bis in idem-beginsel. Zowel het Hof Den Haag als de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den

¹⁸ Kamerstukken II 2015/16, 29398, 495, p.

¹⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34698, 2.

²⁰ Kamerstukken I 2007/08, 30324, C, p. 3.

²¹ Zie over de diverse straf- en bestuursrechtelijke gevolgen van rijden onder invloed ook Goedvolk, Doumen & Walberg, a.w., par. 2.1; en over samenloop met de recidiveregeling p. 58-60.

Haag overwegen dat het rijbewijs kan worden beschouwd als een vergunning die slechts kan worden afgegeven aan een persoon die heeft aangetoond over een voldoende mate van rijvaardigheid en geschiktheid te beschikken. Op het moment dat deze persoon herhaaldelijk met drank op achter het stuur zit, kan ervan worden uitgegaan dat hij daardoor niet meer aan de eisen voldoet voor de vergunning om een motorrijtuig te besturen. Dit betekent dat er van een dubbele vervolging of bestraffing geen sprake is indien na een strafrechtelijke veroordeling artikel 123b WvW 1994 van toepassing is. Daarnaast is er geen oplegging door de strafrechter nu het rijbewijs van rechtswege ongeldig wordt.²²

4 Bijzondere situaties

De recidiveregeling ernstige verkeersdelicten heeft, zoals in de vorige paragraaf aangegeven, grote gevolgen voor de betrokkene. De vormgeving van de regeling blijkt in de praktijk dermate complex dat dit bij bestuurders vaak voor een onaangename verrassing zorgt. In deze paragraaf worden enkele bijzondere situaties geschetst waar betrokkenen mee te maken kunnen krijgen. Dit hangt onder andere samen met de wettekst en de samenloop met strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatregelen.

4.1 Voorwaardelijke OBM

Als in een zaak een tweede punt kan worden gescoord, leidt de recidiveregeling soms tot verwarring. In het strafrechtelijke traject kan de rechter in zijn vonnis namelijk rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. In veel gevallen zal het niet meer mogen besturen van rijbewijsplichtige motorrijtuigen grote gevolgen hebben voor het privéleven van de betrokkene. In de praktijk houdt de strafrechter hiermee rekening in zijn vonnis. Hij legt de geëiste OBM dan voorwaardelijk op. De veroordeelde gaat er dan van uit dat hij mag blijven rijden als hij zich niet weer, meestal binnen een termijn van twee jaar, schuldig maakt aan een strafbaar feit. Het mogen blijven rijden, zal als een opluchting worden ervaren. Eenzelfde opluchting doet zich voor als de rechter artikel 9a Sr toepast: schuldverklaring zonder oplegging van straf. Als het vonnis vervolgens onherroepelijk wordt, komt de recidiveregeling om de hoek kijken. Het rijbewijs wordt van rechtswege ongeldig en de betrokkene mag alsnog geen rijbewijsplichtig motorrijtuig meer besturen. Dit is lastig uit te leggen aan de burgers. Deze ervaren dit als een straf naast de straf die de rechter al dan niet heeft opgelegd.

4.2 Dubbel afstand op zitting

Als in een zaak voor een tweede punt op zitting geen aandacht wordt besteed aan de recidiveregeling en de verdachte is ook niet op de hoogte van het bestaan van de regeling, dan kan dit voor hem ook tot problemen leiden. De opluchting die hiervoor is weergegeven, leidt er op zitting vaak toe dat de betrokkene afstand doet van het recht om in hoger beroep te gaan. Als de officier van justitie tegelijkertijd afstand doet van dit recht, wordt het vonnis direct onherroepelijk. Voor de betrokkene heeft dit vaak de onverwachte consequentie dat hij al niet meer het motorrijtuig mag besturen, waarmee hij naar de rechtbank is gekomen.

4.3 Betrokkenen zonder rijbewijs

De recidiveregeling ernstige verkeersdelicten is ook van toepassing op bestuurders die nog geen rijbewijs hebben. Voor het scoren van een eerste punt is het niet vereist dat iemand een rijbewijs heeft. Iemand kan echter pas een tweede punt scoren als hij op de onherroepelijkheidsdatum van het tweede vonnis een rijbewijs heeft. In sommige gevallen heeft de betrokkene nog geen rijbewijs ten tijde van het plegen van het tweede feit. Indien hij ook geen rijbewijs haalt voor de onherroepelijkheidsdatum, wordt een nieuw tweede punt gescoord en gaat een nieuwe recidivetermijn van vijf jaar gelden. Als de betrokkene in de tussenliggende periode wel een rijbewijs haalt, wordt dit nieuw behaalde rijbewijs op de onherroepelijkheidsdatum meteen van rechtswege ongeldig. Betrokkenen verbazen zich erover dat het mogelijk is dat ze een eerste en een tweede punt kunnen scoren zonder dat ze op de pleegdata een rijbewijs hadden. Dit heeft te maken met de wijze waarop de wettekst is opgesteld en deze mogelijkheid wordt ook bevestigd door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag.²³ De betrokkene hoeft ten tijde van het begaan van de strafbare feiten niet over een rijbewijs te beschikken voor de toepassing van de recidiveregeling. Er wordt alleen gesproken over het feit dat iemand voor het ongeldig worden van het rijbewijs logischerwijze houder moet zijn van een rijbewijs. Daarnaast valt ook artikel 8, vierde lid, WvW 1994, het rijden onder invloed van alcohol zonder dat aan de betrokkene een rijbewijs is afgegeven, onder de reikwijdte van de recidiveregeling. Hieruit volgt dat de wetgever ook de gevallen waarin iemand pas na het plegen van het tweede feit zijn rijbewijs haalt onder ogen heeft gezien.

4.4 Afronden CBR-traject

Zoals in paragraaf 3.2 is aangegeven kan de politie in bepaalde gevallen van rijden onder invloed een mededeling doen aan het CBR. In de praktijk komt het voor dat betrokkenen

22 Hof Den Haag 21 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1110 en Rb. Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14110, r.o. 4.5 en 4.8.

23 Rb. Den Haag 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14110, r.o. 4.9.

langdurig in het strafrechtelijke traject zitten, zeker bij hogeroepzaken, alvorens de zaak tot een onherroepelijke veroordeling leidt. Het CBR heeft dan inmiddels de bestuursrechtelijke procedure opgestart en indien de betrokkene op tijd de cursus of het geschiktheidsonderzoek betaalt, kan dit traject worden afgerond voordat de zaak onherroepelijk is geworden. De betrokkene heeft dan inmiddels bij het CBR aangetoond dat hij weer geschikt is om aan het verkeer deel te nemen. Hij heeft dan weer een geldig rijbewijs dat meteen weer ongeldig wordt als de bestuurder in het strafrechtelijke traject een tweede keer onherroepelijk wordt veroordeeld. Alle kosten voor het bestuursrechtelijke traject zijn dan al wel gemaakt. Dit wordt door de veroordeelde bestuurders als vreemd ervaren. Ze hebben net aangetoond geschikt te zijn en moeten even daarna opnieuw aantonen dat ze rijvaardig en rijgeschikt zijn.

5 Afronding

In dit artikel is een uiteenzetting gegeven van de werking en de vormgeving van de recidiveregeling ernstige verkeersdelicten. Het strenger kunnen aanpakken van bestuurders die rijden onder invloed van alcohol en/of drugs is de voornaamste reden geweest om deze wetgeving te maken. De praktijk laat zien dat deze bestuurders inderdaad hard kunnen worden getroffen. Zonder aanzien des persoons en zonder enig hiertegen openstaand rechtsmiddel worden de rijbewijzen van recidiverende rijders onder invloed van rechtswege ongeldig. Hoewel de toepassing van de recidiveregeling door burgers als een dubbele, en in sommige gevallen zelfs een driedubbele, bestraffing wordt ervaren, samenloopt met een

strafrechtelijke veroordeling en kan samenlopen met een bestuursrechtelijke maatregel, oordelen de rechters dat er geen sprake is van schending van het ne bis in idem-beginsel. Voor dezelfde overtreding zou de bevoegdheid tot het besturen van motorrijtuigen, vanwege de toepassing van drie verschillende rijbewijsmaatregelen, kunnen worden beperkt of ontzegd. Om hier definitief uitsluitel over te krijgen, is het wachten tot de Hoge Raad zich hierover uitsprekt. Hetzelfde geldt voor de vraag of de ongeldigheid van rechtswege een criminal charge oplevert in de zin van artikel 6 EVRM.

Burgers komen voor onaangename onverwachte situaties te staan. Dit heeft onder andere te maken met de grote onbekendheid van de regeling. Door de informatievoorziening die in het strafrechtelijke traject wordt opgenomen, krijgt de regeling inmiddels meer bekendheid. Deze bekendheid met de regeling zal hopelijk helpen voorkomen dat bestuurders onder invloed van alcohol of drugs aan het verkeer zullen deelnemen. De verkeersveiligheid van iedereen is hiermee gediend. Mocht iemand toch twee keer de fout ingaan, dan zorgt de recidiveregeling er in ieder geval voor dat de betrokkene niet meer mag rijden. Dit neemt niet weg dat de betrokkene ook op basis van een OBM en een ongeldig verklaring door het CBR niet meer mag rijden. Indien iemand ongeschikt wordt bevonden of zijn geschiktheid niet heeft aangetoond, blijft het rijbewijs ongeldig verklaard. Het is dan ook de vraag wat in dat geval de toegevoegde waarde van de recidiveregeling is, anders dan het theorie- en praktijk-examen. Afhankelijk van de behandeling van het wetsvoorstel Wet nuchter op weg zal het rijden onder invloed in de toekomst mogelijk weer een beetje harder aangepakt kunnen worden.



41. Fiscaal optreden na een strafrechtelijk onderzoek

ZORGVULDIGE SAMENWERKING OF DOUBLE JEOPARDY?

Niet zelden krijgt de Belastingdienst via het Openbaar Ministerie de beschikking over informatie uit een strafrechtelijk onderzoek. Dit kan resulteren in het opleggen van belastingaanslagen en eventuele boeten. In dit artikel staat de samenloop tussen strafrechtelijke vervolging en een daaruit voortvloeiende fiscale (boete)procedure centraal. Een gebrek aan afstemming tussen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst kan voor de verdachte belastingplichtige vergaande gevolgen hebben zoals feitelijke dubbele bestraffing of het dubbel 'afpakken' van het verkregen voordeel.

In een ver verleden werd het verbod op dubbele vervolging als natuurrecht erkend. Daaraan lag de uit het Oude Testament afkomstige zinsnede 'non iudicat Deus bis in idipsum', welke vrij vertaald inhoudt dat zelfs God iemand niet voor een tweede maal voor dezelfde handeling zou berechten, ten grondslag.¹

Wat 'zelfs God niet zou doen' is voor het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst heden ten dage echter niet leidend. Alhoewel het ne bis in idem-beginsel nog steeds in de wet is verankerd, is de feitelijke betekenis van dit beginsel in de praktijk behoorlijk beperkt. Dit heeft tot gevolg dat het opleggen van een fiscale boete, nadat reeds strafvervolging heeft plaatsgevonden, al lang geen ondenkbare situatie meer is. In dit themanummer staan de gevolgen van strafrechtelijke vervolging centraal. In het onderhavige artikel zal in dat verband nader worden ingegaan op de fiscale consequenties van strafrechtelijke vervolging.

Hiertoe is het allereerst relevant om te bezien hoe strafrechtelijke informatie überhaupt bij de fiscus terechtkomt. In de eerste paragraaf zal in dat verband worden ingegaan op de methoden van informatie-uitwisseling van het OM naar de Belastingdienst. In de tweede paragraaf staat (de omvang

van) het procesdossier centraal. Gaan de strafvorderlijke stukken ook (integraal) deel uitmaken van het fiscale dossier en kan inzage in die stukken worden verkregen? In de derde paragraaf zullen wij nader ingaan op de mogelijkheden van heffing en beboeting terwijl ook strafrechtelijk wordt opgetreden. In de vierde paragraaf zullen de problemen van de kostenafgrekbeperking en ontneming worden aangestipt.

1 Informatieverstrekking aan de fiscus

Dat de fiscus informatie moet kunnen krijgen van het Openbaar Ministerie lijkt al enige tijd de *opinio iuris*. Reeds in 1989 overwoog Hof Amsterdam ter zake van een Inspecteur die de beschikking kreeg over een proces-verbaal uit een strafzaak:²

'Uit de wetsgeschiedenis van art. 56 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen blijkt dat de wetgever van oordeel was dat Rijksdiensten en -instellingen, waaronder het Openbaar Ministerie, de fiscus de nodige inlichtingen niet moeten onthouden. Een ambtenaar van de Rijksbelastingdienst mag dus kennis nemen van een strafdossier. Er is derhalve geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.'

1 G.C. Thomas, *Double jeopardy. The history, the law*, New York: New York University Press 1998.

2 Hof Amsterdam 14 februari 1986, nr. 3200/84 (niet gepubliceerd).

Informatie-uitwisseling zou dus moeten kunnen. De Belastingdienst heeft in veel gevallen ook daadwerkelijk belang bij het verkrijgen van informatie over een lopende strafzaak of over een veroordelend vonnis. Er zijn immers veel gevallen denkbaar waarin er naast een strafrechtelijk belang ook een fiscaal belang aan de orde is. Dit is evident in het geval van strafrechtelijke vervolging wegens het niet of onjuist doen van belastingaangifte ex artikel 69 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). De Belastingdienst zal dan immers altijd ook een heffingsbelang hebben.

Er is echter ook een groot aantal delicten dat niet direct fiscaal van aard is, maar waarin wel een fiscaal belang aan de orde is. Als uitgangspunt geldt daarbij dat belastingrecht amoreel is. Fiscale belangen kunnen een rol spelen bij een veelheid aan commune delicten, waaronder bijvoorbeeld (doch zeker niet uitsluitend) verdenkingen ten aanzien van witwassen, overtreding van de Opiumwet, illegale tewerkstelling, valsheid in geschrifte, het handelen in strijd met een vergunning of deelname aan een criminele organisatie. Om een concreet voorbeeld te noemen: de heer X wordt aangehouden met een sporttas met een bedrag van € 100.000,= aan contant geld. Uit het strafrechtelijk onderzoek blijkt dat er een vermoeden bestaat dat de betreffende persoon geld vervoerde binnen een organisatie die zich bezighoudt met Hawala-bankieren.³ In de strafzaak gaat het louter om witwassen, het geldbedrag van € 100.000,= wordt onder X in beslag genomen.

Fiscaal kan deze informatie op verschillende manieren worden geïnterpreteerd en zodoende – bijvoorbeeld – de volgende standpunten van de Belastingdienst opleveren:

1. het bedrag van € 100.000,= moet als inkomen of vermogen van X in aanmerking worden genomen; of
2. X heeft blijkbaar werkzaamheden verricht als geldkoerier en hij zal daarvoor een vergoeding hebben ontvangen welke als inkomen zal moeten worden aangemerkt. Die vergoeding zou bijvoorbeeld kunnen worden geschat op € 5000,= per 'levering'. Wellicht geven de tapverslagen aanleiding voor de Belastingdienst om het standpunt in te nemen dat er al eerder geldtransporten hebben plaatsgevonden en dat ook daar een vergoeding tegenover zal hebben gestaan; en
3. de Belastingdienst kan in beide gevallen het standpunt innemen dat sprake is van een onjuiste aangifte en in dat verband een boete opleggen.

3 Hawala-bankieren is een informeel 'banksysteem' om geld te verplaatsen. Het systeem kenmerkt zich doordat geld contant op de ene locatie wordt afgegeven terwijl ergens anders ter wereld – eventueel in een andere valuta – hetzelfde bedrag ter beschikking wordt gesteld. Zie voor meer informatie bijv. G. Delrue, *Witwassen en financiering van terrorisme*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2014, p. 384 e.v.

Een ander veelvoorkomend voorbeeld betreft het doorzenden van een gedeelte van het strafdossier in zaken waarin sprake is van hennephandel. Met name de berekening ter zake van het vermeende aantal oogsten vormt een stuk waarmee ook de fiscus graag aan de slag gaat. Die berekeningen vormen doorgaans de aanleiding voor fikse (navorderings)aanslagen en boeten.

Het is overigens niet zo dat in alle zaken waarin (mogelijk) fiscale belangen aan de orde zijn, ook daadwerkelijk informatie wordt uitgewisseld. De daadwerkelijke uitwisseling is nog (grotendeels) van menselijk handelen afhankelijk. Alhoewel de laatste jaren steeds meer aandacht lijkt te zijn voor mogelijke fiscale belangen, blijft uitwisseling van informatie aan enige willekeur onderhevig. De volgende (ongelukkige) toevalligheden kunnen zich in dit verband voordoen:

- a. een van de betrokken opsporingsambtenaren onderkent een fiscaal belang in een onderzoek. Hij besluit te bezien of informatie met de fiscus kan worden uitgewisseld;
- b. een fanatieke Inspecteur verzoekt, eventueel na door een opsporingsambtenaar te zijn ingeseind, namens de Belastingdienst om verstrekking van stukken;
- c. er is een Convenant van kracht tussen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie op basis waarvan actieve en wederzijdse informatie-uitwisseling plaatsvindt.

1.1 Scenario a

Op grond van artikel 39f, lid 1, Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (WJSG) kunnen strafvorderlijke gegevens, voor zover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, door het College van procureurs-generaal (hierna: het College) aan andere instanties of personen worden verstrekt.⁴ Een van de doelen waarvoor verstrekking is toegestaan betreft het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving. De tekst van artikel 19 Politiewet is bijna geheel gelijk aan artikel 39f WJSG en regelt het verstrekken van politiegegevens. Het gaat hierbij telkens om een bevoegdheid om gegevens te verstrekken en niet om een verplichting.⁵

Informatieverstrekking op grond van de WJSG kan zowel actief (op initiatief van het Openbaar Ministerie) als passief (op verzoek van een derde) plaatsvinden.⁶ Voor deze grondslag van informatie-uitwisseling is niet vereist dat reeds een veroordelend vonnis is gewezen. In de parlementaire geschiedenis is overwogen:⁷

4 In par. 3, onder C, Aanwijzing WJSG wordt de Belastingdienst expliciet genoemd als bestuursorgaan waaraan informatie kan worden overgedragen.

5 HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9133, NJ 2008/31.

6 Aanwijzing WJSG, nr. 2013A014, *Stcr.* 2013, 32596.

7 MvT bij het Besluit van 3 juli 2009, *Stb.* 2009, 305, p. 28-29.

'In de tweede plaats is de verstrekking van politiegegevens aan de orde ten behoeve van de uitvoering van wetgeving. Zo heeft bijvoorbeeld de Belastingdienst de informatie uit een fiscaal fraudeonderzoek van de FIOD-ECD nodig voor de belastingheffing en -inning. (...) Deze behoefte is niet beperkt tot het stadium waarin de rechter in een strafzaak een onherroepelijke beslissing heeft gegeven. Indien bijvoorbeeld tijdens een huiszoeking de administratie van een administratiekantoor in beslag wordt genomen, waarbij blijkt van klanten met een zwarte rekening in het buitenland, kan worden besloten tot een deels strafrechtelijke, deels bestuursrechtelijke aanpak van de betreffende rekeninghouders. Voor de bestuursrechtelijke aanpak is dan de overdracht van de betreffende persoonsgegevens aan de Belastingdienst noodzakelijk.'

Er kan dus in verschillende stadia van het onderzoek informatie worden uitgewisseld. Het Openbaar Ministerie zal bij de beoordeling van informatie-uitwisseling het zwaarwegend algemeen belang af dienen te wegen tegen het belang van de persoonlijke levenssfeer van degene op wie de strafvorderlijke gegevens betrekking hebben.⁸ In het noodzakelijkheidsvereiste ligt ook besloten dat het Openbaar Ministerie dient te toetsen aan het proportionaliteit- en subsidiariteitsvereiste.⁹ Wat betekent deze toets in de praktijk? Alhoewel enige voorwaarden worden gesteld aan informatie-uitwisseling op grond van de WJSG, komt het College een grote mate van vrijheid toe in de afweging van de betrokken belangen.¹⁰ De rechter toetst de verleende toestemming achteraf slechts in beperkte mate. In een zaak bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 12 februari 2013 was door de Inspecteur een verzoek gedaan om gegevens uit een strafrechtelijk onderzoek te mogen inzien en gebruiken. Er werd door de Inspecteur verzocht om alle relevante gegevens uit het onderzoek. Tevens werd een aantal (rechts)personen in het verzoek met naam genoemd. Er vond vervolgens informatie-uitwisseling plaats op grond van artikel 39f WJSG. Bij de rechtbank kwam de vraag aan de orde of de informatie ook bruikbaar was ten aanzien van andere verdachten in het strafrechtelijk onderzoek die niet specifiek in het verzoek van de Inspecteur waren genoemd. De rechtbank overwoog:¹¹

'(...) De WJSG stelt geen andere eisen aan deze informatieverstrekking dan dat de verstrekking tot doel heeft het uitoefenen van toezicht op het naleven van regelgeving en

noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang. Gelet op de verleende toestemming moet naar het oordeel van de rechtbank ervan worden uitgegaan dat aan die eisen is voldaan. De rechtbank is van oordeel dat de strafvorderlijke gegevens gebruikt kunnen worden in de onderhavige procedure.'

Het feit dat het Openbaar Ministerie toestemming had verleend, was voor de rechter voldoende. Ook een vrijspraak of een sepot vormt niet per se een omstandigheid die aan informatie-uitwisseling in de weg staat. In de Aanwijzing WJSG is wel opgenomen dat dit een 'contra-indicatie' vormt voor uitwisseling, maar daar wordt dan weer een uitzondering op gemaakt indien informatie-uitwisseling 'het treffen van bestuurlijke maatregelen mogelijk maakt'. Indien en voor zover er een heffingsbelang is, lijkt hieraan al snel te kunnen worden voldaan. Overigens is het Openbaar Ministerie in de praktijk toch een minder goede 'verliezer' dan op basis van deze Aanwijzing wellicht zou kunnen worden gedacht. Juist in geval van een bewijssepot of een vrijspraak (wegens bewijsuitsluiting) lijkt een opvolgend fiscaal traject nogal eens te volgen doordat informatie uit het strafdossier bij de fiscus terecht komt.¹²

Zeer recent liet de belastingkamer van de Hoge Raad zich nog expliciet uit over de vraag of beboeting ter zake van feiten die strafrechtelijk werden geseponeerd, niet in strijd komt met de onschuldpresumptie. De Hoge Raad is van oordeel dat een vrijspraak of sepot er niet aan in de weg staat dat bestraffing volgt in een procedure waarin sprake is van minder strenge bewijsregels of van aanvullend bewijs. Voorwaarde is wel dat de rechterlijke autoriteiten door hun optreden, de motivering van hun beslissing of de door hen gebruikte bewoordingen geen twijfel doen ontstaan over de juistheid van de eerdere vrijspraak of het sepot. De Hoge Raad wijst er voorts op dat strijd met de onschuldpresumptie zich bijvoorbeeld kan voordoen indien sprake is van een technisch sepot, inhoudend dat niet (verder) wordt vervolgd op de grond dat onvoldoende bewijs aanwezig is. In dat geval is niet uitgesloten dat de latere bejegening door de bestuurlijke autoriteit – of de uit de latere gerechtelijke procedure voortvloeiende uitspraak van de rechter – twijfel doet ontstaan over de juistheid van de gronden waarop is beslist de strafrechtelijke vervolging niet aan te vangen of niet door

8 *Kamerstukken II* 2001/02, 28886, 3, p. 7-8.

9 Aanwijzing WJSG.

10 HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9133, NJ 2008/31.

11 Rb. Zeeland-West-Brabant 12 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA0849.

12 Zie bijv. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958; Rb. Zeeland-West-Brabant 12 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA0849; HR 9 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5051, *BNB* 1992/366; HR 9 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:BH8233, *BNB* 1992/367; HR 23 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:BH8551, *BNB* 1992/387 en HR 12 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC6589, *BNB* 1997/146.

te zetten. De feitenrechter zal dit steeds voldoende moeten onderkennen.¹³

Ook wanneer strafrechtelijk wordt getransigeerd, of een strafbeschikking wordt opgelegd, zijn ons uit onze praktijk gevallen bekend waarin door het Openbaar Ministerie informatie aan de fiscus werd verstrekt. Het verdient derhalve aanbeveling om, ingeval een zaak met het OM wordt afgewikkeld, ook aandacht te besteden aan eventuele fiscale gevolgen en – zo mogelijk – overeen te komen dat het Openbaar Ministerie in ieder geval niet actief tot informatie-uitwisseling zal overgaan.

1.2 Scenario B

Naast de variant waarin door het Openbaar Ministerie een fiscaal belang wordt gesignaleerd en het Openbaar Ministerie die informatie actief verstrekt, is het ook mogelijk dat de Belastingdienst zelf een verzoek doet om verstrekking van bepaalde informatie. Ofschoon de WJSG ook geldt in geval van informatie-uitwisseling op verzoek kent de AWR een zelfstandige wettelijke grondslag voor informatieverzoeken door de Belastingdienst gericht aan overheidslichamen. Deze bevoegdheid is opgenomen in artikel 55 AWR en vormt – anders dan de WSJG – een verplichting voor de instantie waaraan het verzoek is gericht om de betreffende informatie te verstrekken. Er is na een verzoek ex artikel 55 AWR dus geen ruimte voor een beoordeling van de zijde van het Openbaar Ministerie. In die zin biedt dit artikel een nog ruimere grondslag voor informatieverstrekking dan de WJSG. Daarmee rijst de vraag of de WSJG kan worden omzeild doordat het Openbaar Ministerie de Inspecteur ‘influistert’ dat het opportuun is om een bepaald verzoek te doen. De huidige lijn in de jurisprudentie is dat een dergelijke gang van zaken geen beletsel vormt voor rechtsgeldige informatie-uitwisseling op grond van artikel 55 AWR. In de zaak van Hof ‘s-Hertogenbosch van 6 juni 2014 deed zich de situatie voor dat de FIOD de Inspecteur op de hoogte had gesteld van het feit dat er een bepaald strafrechtelijk onderzoek liep.¹⁴ Naar aanleiding daarvan had de Inspecteur een verzoek gedaan ex artikel 55 AWR, op basis waarvan vervolgens daadwerkelijk informatie werd overgedragen. Volgens het hof was onder die omstandigheden aan de voorwaarden van artikel 55 AWR voldaan en was de verstrekte informatie bruikbaar in de fiscale procedure.¹⁵

Ofschoon het onzes inziens valt te betreuren dat op een dergelijke gekunstelde wijze door de overheid met bevoegdheden wordt omgegaan, en het maar de vraag is of deze handelwijze

wel in lijn is met de beginselen van behoorlijk bestuur, is deze gang van zaken (vooralsnog) niet door de rechter van de hand gewezen. Indien en voor zover het toetsingskader van de WJSG in een specifiek geval dus al onvoldoende grondslag zou bieden voor informatie-uitwisseling, dan kan daar via de weg van artikel 55 AWR ‘omheen worden gewerkt’. Als dat echter met die reden gebeurt, is de stelling dat oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van artikel 55 AWR om de waarborgen van de WJSG te omzeilen voor de hand liggend en zouden daaraan consequenties dienen te worden verbonden. Wordt niet voldaan aan het toetsingskader uit de WJSG, dan zou dit onzes inziens moeten leiden tot bewijsuitsluiting.

1.3 Scenario C

Naast de hiervoor genoemde situaties, waarin in individuele gevallen informatie wordt uitgewisseld, kan ook een meer categorische informatie-uitwisseling plaatsvinden. Dit gebeurt meestal door het opstellen van een convenant tussen (onder andere) de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie. De convenantpartners verplichten zich vervolgens om specifieke gegevens op te slaan of te verzamelen en in een (digitale) omgeving inzichtelijk te maken voor de betreffende partners. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op het Convenant Gegevensuitwisseling Aanpak Vastgoed 2008, Convenant ICOV 2013 en het Convenant inzake medegebruik van de ANPR-camera's van de Politie.¹⁶ Dergelijke samenwerkingsverbanden liggen ten grondslag aan een omvangrijke verzamelings- en verwerkingswoede van zowel de fiscus als het OM. Gezamenlijk vullen zij hiermee diverse databases waartoe zij (en soms ook derden) toegang hebben. Een relatief nieuwe methode daarbij is datamining.¹⁷ Daarmee kunnen grote hoeveelheden informatie worden verwerkt en geanalyseerd. Digitale gegevens worden gekoppeld en er wordt (geautomatiseerd) gekeken naar verbanden tussen de gegevens. Deze relatief nieuwe vormen van samenwerking tussen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst zullen naar alle waarschijnlijkheid tot gevolg hebben dat er alleen maar meer informatie zal worden gedeeld en dat het bovendien makkelijker zal worden uit de daarmee ontstane informatietombola straf- of fiscaalrechtelijk relevante informatie te destilleren.

13 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:958.

14 Hof 's-Hertogenbosch 6 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1713.

15 Hof 's-Hertogenbosch 6 juni 2014 ECLI:NL:GHSHE:2014:1713, r.o. 4.16.

16 Het Convenant ANPR heeft overigens na het arrest van 24 februari 2017 van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:288) feitelijk haar werking verloren nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de Belastingdienst geen wettelijke bevoegdheid heeft voor het verzamelen en verwerken van ANPR-gegevens.

17 S. Brinkhoff, 'Big data datamining door de politie', *NJB* 2016/994.

2 (De omvang van) het dossier

2.1 Op de zaak betrekking hebbende stukken

Het is, zoals in de vorige paragraaf wel bleek, zeker geen louter theoretische mogelijkheid dat (delen van) het strafrechtelijk dossier bij de fiscus terechtkomen. Welke informatie ter beschikking van de Belastingdienst heeft gestaan of staat blijkt in de praktijk nogal wisselend. De aanwijzing WJSG bepaalt dat 'niet meer wordt verstrekt dan nodig is voor het doel van de verstrekking'.¹⁸ Dat betekent dat onder omstandigheden met het verstrekken van bijvoorbeeld het proces-verbaal van de nadeelberekeningen zou moeten worden volstaan. In onze praktijk is een regelmatig gehoord verhaal van de zijde van de fiscus echter dat 'inzage werd verkregen in het strafdossier'.

Daarmee rijst de vraag of deze stukken vervolgens ook integraal onderdeel gaan uitmaken van het fiscale dossier en of een belanghebbende via die weg de beschikking kan krijgen over deze stukken.

In de fiscale procedure is artikel 8:42 Awb van toepassing. Dat artikel bepaalt dat de Inspecteur alle 'op de zaak betrekking hebbende stukken' aan de bestuursrechter zendt. In de bezwaarfase is het recht op inzage in de op de zaak betrekking hebbende stukken vervat in artikel 7:4 Awb. Dat aan een verzoek om inzage op de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' geen hoge eisen mogen worden gesteld, volgt wel uit het arrest van de Hoge Raad van 25 april 2008:¹⁹

'In het licht van dit een en ander dient artikel 8:42 Awb aldus te worden uitgelegd dat, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, tegemoet dient te worden gekomen aan een verzoek van de belanghebbende tot overlegging van een bepaald stuk indien deze voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat het stuk van enig belang kan zijn (geweest) voor de besluitvorming in zijn zaak.'

Indien derhalve in de fiscale zaak blijkt dat de Inspecteur de beschikking heeft (gehad) over (een gedeelte van) het strafdossier, moeten deze stukken in beginsel worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken', en zullen ze om die reden aan belanghebbende moeten worden verstrekt. Daarbij hoeft de belastingplichtige dus niet aan te tonen dat die stukken ook daadwerkelijk door de fiscus zijn gebruikt. Deze verplichting gaat niet zo ver dat de Inspecteur is gehouden stukken in te brengen die ten grondslag liggen aan

processen-verbaal van de FIOD indien die stukken niet ter beschikking van de Inspecteur hebben gestaan.²⁰

In de zaak die ten grondslag lag aan de uitspraak van Hof Arnhem Leeuwarden van 8 maart 2016 was de volgende situatie aan de orde.²¹ Jegens een belastingplichtige was op enig moment een Strafrechtelijk Financieel Onderzoek (SFO) vericht ter zake van de verdenking van verschillende strafbare feiten. Op enig moment werd door een aantal ambtenaren van de Belastingdienst een controleonderzoek gestart naar aanleiding van een rechtshulpverzoek van de Spaanse autoriteiten. Tijdens het controleonderzoek kregen de betreffende ambtenaren de beschikking over stukken uit het SFO.

In de procedure bij het hof werd namens belanghebbende geklaagd over het feit dat de onderliggende stukken niet als op de zaak betrekking hebbende stukken waren overgelegd en dat de Inspecteur dus niet had voldaan aan de op hem rustende wettelijke verplichting. De Inspecteur verklaarde dat de controlerend ambtenaren inderdaad inzage hadden gehad in het strafrechtelijk dossier, maar dat alle bijlagen die er destijds bij zaten inmiddels waren vernietigd. Hof Arnhem Leeuwarden stelde vast dat de stukken reeds om die reden moesten worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken en dat deze stukken door de Inspecteur hadden moeten worden overgelegd. Daaraan deed niet af dat de Inspecteur bij het opleggen van de (navorderings)aanslagen mogelijk geen beschikking over de stukken had gehad.

Ook in dit arrest was sprake van de thans veel gehanteerde werkwijze waarin de Inspecteur inzage neemt in het strafdossier bij de FIOD/het Openbaar Ministerie, terwijl slechts van bijvoorbeeld het aanvangs- of overzichtsproces-verbaal daadwerkelijk een afschrift wordt verstrekt aan de Belastingdienst. Deze tactiek kan er dus niet toe leiden dat het strafdossier zelf niet als op de zaak betrekking hebbend stuk moet worden aangemerkt. Het feit dat de stukken de fiscus ter beschikking hebben gestaan, is in dat verband doorslaggevend.

Het 'probleem' voor belanghebbende in de zaak bij Hof Arnhem Leeuwarden was echter dat zijn gemachtigde ter zitting had verklaard zelf over het integrale strafrechtelijke dossier te beschikken omdat hij ook in de strafzaak als advocaat van belanghebbende had opgetreden. Gelet daarop alsook op het feit dat de Inspecteur niet meer over de stukken kon beschikken, verbond het hof uiteindelijk geen gevolgen aan deze schending.²² Het hierop volgende beroep in cassatie werd

20 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:29, BNB 2013/226.

21 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1743.

22 Op grond van art. 8:31 Awb kan de bestuursrechter gevolgen verbinden aan de schending indien een partij niet voldoet aan de verplichting stukken over te leggen.

18 Aanwijzing WJSG.

19 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5868, BNB 2008/162, r.o. 3.2.4.

onder verwijzing naar artikel 81 Wet RO afgewezen.²³

De uitkomst van deze zaak was waarschijnlijk anders geweest indien de belastingplichtige niet reeds over het integrale strafdossier had beschikt. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als meteen bij aanvang van het strafrechtelijk onderzoek stukken aan de fiscus worden verstrekt. Worden op basis van die stukken (navorderings- of naheffings) aanslagen opgelegd en wordt daartegen bezwaar gemaakt, dan ontstaat er fiscaal een recht op inzage, terwijl de betreffende stukken strafrechtelijk vaak worden onthouden. Het is immers een algemeen bekende praktijk dat processtukken bij aanvang van het onderzoek doorgaans niet direct aan de verdediging worden verstrekt. Met name wanneer de verdachten nog niet zijn gehoord, in welk geval artikel 30 Sv ook minder expliciet verplicht tot verstrekking van stukken, zal het Openbaar Ministerie een verzoek om afschriften van de stukken – met een beroep op het onderzoeksbelang – doorgaans afwijzen.

Meldt dus de fiscus zich terwijl jegens cliënt net een strafrechtelijk onderzoek loopt, dan kan dit een mogelijkheid bieden om via een achterdeur toch inzage te krijgen in het strafrechtelijk dossier. Weigert de fiscus het overleggen van de stukken met een beroep op het belang van het strafrechtelijk onderzoek, dan kan een rechter daar gevolgen aan verbinden.²⁴ Door haast te maken in de fiscale procedure kan op die wijze dus onder omstandigheden een voordeel worden behaald. Worden de stukken door de fiscus overgelegd, dan is het voordeel erin gelegen dat voortijdig inzage wordt verkregen in stukken uit het strafdossier, terwijl die strafrechtelijk nog niet worden verstrekt. Weigert de fiscus het overleggen van stukken, dan kan in de fiscale procedure een voordeel worden verkregen doordat de rechter daaraan gevolgen kan verbinden, hetgeen zelfs kan resulteren in het vernietigen van de aanslagen.

2.2 Onrechtmatig bewijs

Een ander interessant punt is op welke wijze fiscaal wordt omgegaan met informatie waaraan een strafrechtelijk gebrek kleeft. De Hoge Raad oordeelde in *BNB 1992/306* dat het feit dat informatie strafrechtelijk op onrechtmatige wijze is verkregen niet automatisch een beletsel vormt voor de Inspecteur om van die informatie gebruik te maken. Het ging in die zaak om informatie die afkomstig was uit een huiszoeking zonder dat daartoe verlof was gevraagd bij de rechtbank. In deze zaak – die overigens speelde voor de invoering van artikel 359a Sv op 2 november 1996 – werd die informatie als strafrechtelijk onrechtmatig aangemerkt en van het bewijs

uitgesloten. De belastingkamer van de Hoge Raad ontwikkelde in dat verband het ‘zozeer indruist’-criterium:²⁵ het gebruik van dergelijke informatie is slechts dan niet toegestaan indien deze informatie is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.²⁶ Een belangrijk element bij de uitwerking van het criterium is of de Inspecteur, ook indien de onrechtmatige handelingen van de vervolgende instanties niet hadden plaatsgevonden, zonder wettelijke belemmering kennis had kunnen nemen van de betreffende informatie. Mede geleid op de ruime (controle)bevoegdheden van de Inspecteur²⁷ doet schending van het ‘zozeer indruist’-criterium zich in de praktijk nauwelijks voor. Zaken waarin daarvan sprake was betroffen het (beweerdelijke) voorliegen van de rechter-commissaris door FIOD-ambtenaren,²⁸ gebruik van opsporingsbevoegdheden om voor de belastingheffing gegevens te verkrijgen zonder dat het onderzoek was gericht op opsporing van een strafbaar feit²⁹ en schending van het (afgeleid) verschoningsrecht.³⁰ In een recent arrest van de Hoge Raad werd geconcludeerd tot bewijsuitsluiting van ANPR-gegevens omdat deze door de Belastingdienst werden verwerkt zonder dat daartoe een wettelijke grondslag bestond.³¹ Daarbij overwoog de Hoge Raad expliciet dat ook indien die gegevens ex artikel 55 AWR van de Politie zouden zijn verkregen, daarvoor geen voldoende specifieke wettelijke grondslag bestond in het licht van artikel 8 EVRM.³²

In een zaak bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant ging het om een belanghebbende die in 2008 als verdachte was aangemerkt in een strafrechtelijk onderzoek.³³ De strafkamer van de rechtbank had het Openbaar Ministerie in die zaak niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging omdat was gebleken dat het proces-verbaal van verhoor van de verdachte niet overeenkwam

²³ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:538.

²⁴ Art. 8:31 Awb.

²⁵ HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028, *BNB* 1992/306, *NJ* 1994/621.

²⁶ A-G Wattel pleitte er in zijn conclusie van 28 mei 2014 (ECLI:NL:PHR:2014:521) voor het ‘zozeer indruist’-criterium te verlaten en voor wat betreft het punitieve bestuursrecht aan te sluiten bij de strafvorderlijke wetgeving. De Hoge Raad overwoog evenwel in het arrest van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:643) geen aanleiding te zien op het ‘zozeer indruist’-criterium terug te komen.

²⁷ In dit verband kan m.n. worden gewezen op art. 47, 53 en 55 AWR.

²⁸ HR 9 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5051, *BNB* 1992/366 en HR 9 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:BH8233, *BNB* 1992/367.

²⁹ HR 23 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:BH8551, *BNB* 1992/387.

³⁰ HR 12 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC6589, *BNB* 1997/146.

³¹ In dit arrest werd overigens niet expliciet getoetst aan het ‘zozeer indruist’-criterium. Het is ten eerste de vraag of dit criterium wel van toepassing is ingeval de onrechtmatigheid zich niet in de strafvorderlijke hoek heeft voorgedaan.

³² HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:288.

³³ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA2461.

met de werkelijkheid. De rechtbank had bovendien geoordeeld dat hierdoor het gehele onderzoek besmet was geraakt.

De betreffende informatie was aan de fiscus verstrekt, waarna aan de belanghebbende (navorderings)aanslagen met boeten waren opgelegd over de jaren 2006, 2007 en 2008. Ten aanzien van het onrechtmatigheidsverweer dat hierover door belanghebbende werd gevoerd, overwoog de rechtbank:³⁴

‘Zo het bewijs al als onrechtmatig verkregen moet worden gekwalificeerd, is de rechtbank op grond van bovengenoemd arrest (verwezen wordt naar *BNB 1992/306; GB/AV*) van oordeel dat dit in beginsel voor de inspecteur geen beletsel hoeft te zijn om daarvan bij het vaststellen van de (navorderings)aanslagen gebruik van te maken. Echter, naar het oordeel van de rechtbank druist het gebruik van de processen-verbaal waar de verbalisanten [verbalisant 1] en/of [verbalisant 2] bij betrokken waren zozeer in tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van die stukken wel als ontoelaatbaar moet worden geacht, met uitzondering van de processen-verbaal die enkel zien op financiële uitgaven van belanghebbende bij derden. De bewijsstukken van deze financiële uitgaven zijn immers aan de betreffende processen-verbaal gehecht, zodat de daarin opgenomen informatie kan worden geverifieerd. De rechtbank ziet geen belemmering in het gebruik van de overige bewijsstukken uit het strafrechtelijk dossier (...).’

In deze zaak achtte de rechtbank het gebruik van de strafrechtelijke informatie dus gedeeltelijk toelaatbaar, hetgeen voor belanghebbende resulteerde in zowel heffing als beboeting. Deze discrepantie tussen het fiscale recht en het strafrecht kan onzes inziens met name waar het de beboeting betreft tot onwenselijke uitkomsten leiden. Er vindt dan immers alsnog ‘bestrafing’ plaats op basis van informatie waarvan de strafrechter reeds heeft geoordeeld dat die informatie onbruikbaar is, althans het OM (door de wijze van verzamelen) niet-ontvankelijk is in de vervolging. Dit ondermijnt de werking die van een dergelijk oordeel van de strafrechter zou moeten uitgaan, namelijk dat de opsporingsinstanties een dergelijke handelwijze in de toekomst zullen nalaten. Bovendien werkt een dergelijke invulling in de hand dat het Openbaar Ministerie, ingeval informatie strafrechtelijk als onrechtmatig is aangemerkt, die informatie aan de fiscus verstrekt zodat langs die weg kan worden opgetreden. Deze handelwijze staat op gespannen voet met het una via-beginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur.

34 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA2461, r.o. 2.10. Zie ook HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4095, *BNB 2012/192*.

3 Heffing en beboeting

De oplettende lezer zal zich op dit moment wellicht afvragen of het una via-beginsel er überhaupt niet aan in de weg staat dat fiscaal wordt opgetreden tegen iemand die voor diezelfde feiten reeds strafrechtelijk werd vervolgd.³⁵ Het una via-beginsel verzet zich er niet tegen dat na strafrechtelijke vervolging, belastingheffing volgt. Dit ligt besloten in het feit dat heffing niet kwalificeert als ‘bestrafing’³⁶ in de zin van artikel 6 EVRM.³⁷ Voor het samengaan van strafrechtelijke vervolging en beboeting ligt dit anders. Het is echter de vraag of dit beginsel in de praktijk nog een daadwerkelijke beperking vormt. In het kader van deze samenloop – en de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’ – wordt in deze paragraaf tevens jurisprudentie aangehaald met betrekking tot het ne bis in idem-beginsel.³⁸

3.1 Una via en ne bis in idem?

In het una via-beginsel ligt besloten dat iemand niet nodeloos tweemaal in een sanctieprocedure wordt betrokken voor dezelfde overtreding.³⁹ Indien het Openbaar Ministerie informatie uit het strafrechtelijk onderzoek verstrekt aan de fiscus, is het echter zeker niet uitgesloten dat ook de fiscus meent bestraffend te moeten optreden.

Ingeval geen sprake is van een strafrechtelijk onderzoek wegens de feiten ex de artikelen 68, 69 en 69a AWR, zal de Belastingdienst doorgaans weinig problemen ondervinden bij het opleggen van een boete. Er is dan immers geen sprake van ‘dezelfde gedraging’, waardoor geen sprake is van een una via-situatie. Naar het oordeel van de Hoge Raad is een van de cruciale elementen bij het bepalen van de vraag of sprake is van hetzelfde feit of:⁴⁰

‘(...) een handeling die in strijd komt met twee of meer voorschriften moet worden opgevat als één overtreding, dan wel kan worden uiteengelegd in twee of meer zelfstandige overtredingen.’

Is er bijvoorbeeld sprake van strafrechtelijke vervolging wegens handel in verdovende middelen, dan zal de Belastingdienst belanghebbende ‘gewoon’ kunnen beboeten wegens het indienen van onjuiste belastingaangiften.⁴¹ Hetzelfde geldt voor strafbare onderzoeken wegens bijvoorbeeld omko-

35 Het una via-beginsel is verankerd in art. 5:44 Awb en art. 243 lid 2 Sv.

36 EHRM 8 juni 1976, *NJ 1978/223* (*Engel e.a./Nederland*).

37 EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98 (*Ferrazzini/Italië*). Zie tevens HR 14 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8713, *BNB 1984/224* en meer recent HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1969, *BNB 2005/101*.

38 Gecodificeerd in bijv. art. 68 Sr en art. 5:43 Awb.

39 *Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3*, p. 136-139.

40 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, *NJ 2011/394*, r.o. 2.4.2.

41 Art. 67d en 67e AWR.

ping, witwassen of deelname aan een criminele organisatie. Wordt naast vervolging voor die feiten een fiscale boete opgelegd, dan zal het doorgaans niet gemakkelijk zijn om te betwisten dat sprake is van twee verschillende overtredingen. Het voorgaande kan anders liggen ingeval een belastingplichtige door het Openbaar Ministerie reeds is vervolgd voor het doen van onjuiste belastingaangifte. In dat geval staat het de Belastingdienst niet vrij ter zake van diezelfde gedraging ook een boete op te leggen. Dat hoeft overigens niet te betekenen dat de Belastingdienst daarmee met lege handen komt te staan. In een uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 3 maart 2016 was de vraag aan de orde of in geval van beboeting wegens het grof schuldig doen van onjuiste aangifte en het strafrechtelijk vervolgen wegens het opzettelijk onjuist doen van aangifte, sprake was hetzelfde feit. De strafkamer van het hof overwoog in dit verband:⁴²

‘In zoverre is de aard van het verwijt een heel andere. Doordat de Inspecteur grove schuld als basis voor de boeten hanteerde, heeft hij geen keus gemaakt noch hoeven maken tussen bestuursrechtelijke afdoening en strafrechtelijke afdoening zoals dat het geval is bij de opzetvariant. De kern van “Una Via” is: eenmaal een bepaalde afdoeningswijze gekozen ter zake een vergrijp, is hij daaraan gebonden, behoudens de sedert 1 juli 2009 ingevoerde regeling van “nieuwe bezwaren”. Nu er echter sprake is van een ander vergrijp, namelijk de opzettelijke belastingfraude, is daarvan geen sprake.’

Op grond van deze uitspraak zou het de Belastingdienst in geval van strafrechtelijke vervolging wegens het opzettelijk indienen van onjuiste belastingaangiften, dus nog vrij staan een boete op te leggen wegens grove schuld. De redenering van het hof is onzes inziens in strijd met de jurisprudentie van het EHRM waar het de invulling van het begrip ‘hetzelfde feit’ betreft.⁴³ Het EHRM overwoog met betrekking tot dit begrip in het arrest Routsalinen:⁴⁴

‘Thus, the facts in the two sets of proceedings hardly differ albeit there was the requirement of intent in the first sets of proceedings. The fact of the two offences must, the Court considers, therefore be regarded as substantially the same for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7.’

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3001.

43 Het ne bis in idem-beginsel is neergelegd in art. 4 Zevende Protocol bij het EVRM, dat door Nederland niet is geratificeerd. Het is eveneens neergelegd in art. 14 lid 7 IVBPR, maar Nederland heeft bij deze bepaling een voorbehoud gemaakt, inhoudende dat geen verdergaande verplichtingen worden aanvaard dan reeds uit art. 68 Sr voortvloeien. Het beginsel is voorts neergelegd in art. 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

44 EHRM 16 juni 2009, nr. 13079/03.

Het feit dat er in de ene procedure sprake was van ‘intent’ staat er niet aan in de weg dat sprake is van ‘hetzelfde feit’. Ofschoon de Hoge Raad tevens gewicht toekent aan de juridische dimensie van de gedraging,⁴⁵ kijkt het Europese hof met name naar het onderliggende feitencomplex.⁴⁶ In de zaak van Hof Arnhem-Leeuwarden zien de boete en de vervolging op exact hetzelfde feitencomplex. De conclusie dat een andere schuldgradatie daar verandering in zou brengen, is in dat licht onbegrijpelijk. Overigens wordt door de Hoge Raad ter zake van de juridische dimensie ook gewicht toegekend aan de te beschermen rechtsgoederen. De uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden wringt in dat verband ook met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Aan de schuld-en-opzetvariant van de bepalingen ligt immers geen (wezenlijk) verschillend te beschermen rechtsgoed ten grondslag.

De uitspraak is overigens ook opmerkelijk omdat de belastingkamer van de Hoge Raad heeft overwogen dat ‘opzet’ en ‘groeve schuld’ elkaar uitsluitende begrippen zijn.⁴⁷ Degene die wegens (groeve) onachtzaamheid een onjuiste aangifte indient, dient die aangifte immers niet opzettelijk onjuist in. Wie handelt met aan opzet grenzende onachtzaamheid, handelt nu juist niet opzettelijk omdat het aanvaarden van de aanmerkelijke kans in dat geval ontbreekt.⁴⁸ De uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden laat zich derhalve ook niet verenigen met de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad.

Dat ook een welwillender interpretatie mogelijk is, volgt uit een uitspraak van Hof ’s-Hertogenbosch van 17 februari 2015.⁴⁹ Het ging in die zaak om een belastingplichtige die structureel nihilaangiften had ingediend. Er werd ter zake van die gedraging een vergrijpboete van 50% opgelegd wegens het niet tijdig betalen van omzetbelasting. Daarop volgde een strafzaak waarin de belastingplichtige werd vervolgd voor het doen van onjuiste aangiften. Ofschoon de rechtbank in eerste aanleg nog had geoordeeld dat sprake was van twee verschillende feiten, kwam het hof tot een andere conclusie:⁵⁰

‘Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de aangifte en het bedrag aan omzetbelasting dat moet worden betaald (voldaan) onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. De aangifte

45 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, met betrekking tot de juridische aard van de feiten spelen de elementen (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictomschrijvingen strekken en (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, een rol.

46 Zie m.n. EHRM 10 februari 2009, nr. 14939/03 (*Zolotukhin*) en HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-436/04 (*Van Esbroeck*).

47 HR 17 augustus 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA2283, *BNB* 1998/329.

48 HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552 (*HIV I-arrest*).

49 Hof ’s-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:481.

50 Hof ’s-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:481.

en de betaling vinden in de regel tegelijkertijd plaats op hetzelfde moment, namelijk in de regel binnen een maand na het einde van het tijdvak (artikel 10, lid 2 en artikel 19 van de AWR). Alleen het bedrag dat is aangegeven moet worden betaald. Het bedrag dat – zoals in casu: ten onrechte – niet is aangegeven hoeft niet te worden betaald.

(...)

De aangifte werkt als het ware als een geleideformulier voor de betaling: de betalingsverplichting wordt in beginsel louter aan de hand van de aangifte bepaald en aan die verplichting moet ook direct gevolg worden gegeven. Dat betekent dat het niet of niet volledig aangeven van de omzetbelasting, zodat minder wordt aangegeven dan materieel wel verschuldigd is, onlosmakelijk is verbonden met het niet of niet volledig voldoen van de omzetbelasting, die materieel is verschuldigd. De strekking van beide feiten verschilt dan ook niet wezenlijk, terwijl aan die feiten bovendien dezelfde gedraging van de verdachte ten grondslag ligt.’

Door meer de nadruk te leggen op de onderliggende feiten komt het hof hier dus tot de conclusie dat sprake is van ‘hetzelfde feit’ hetgeen in de weg staat aan de strafrechtelijke vervolging van de belastingplichtige. Gelet op de jurisprudentie van het EHRM en het beginsel dat voorkomen moet worden dat iemand nodeloos tweemaal in een sanctieprocedure terecht komt, kunnen wij deze uitkomst volledig onderschrijven.

Overigens kregen de Belastingdienst en het Openbaar Ministerie, waar het de samenloop van fiscale boeten en het strafrecht betreft, recent ‘hulp uit onverwachte hoek’. In de zaak A en B/Norway⁵¹ ging het om twee belanghebbenden die inkomsten hadden verkregen uit de verkoop van aandelen in het buitenland die zij niet hadden opgegeven. Aan beide personen werden navorderingsaanslagen met boeten opgelegd. Daarnaast werden zij voor deze feiten strafrechtelijk vervolgd. Het Europese hof oordeelde dat het samengaan van strafrechtelijke vervolging met het opleggen van een bestuurlijke boete niet in strijd is met het ne bis in idem-beginsel, als de procedures zodanig met elkaar samenhangen dat in wezen sprake is van één procedure. Daarbij komt gewicht toe aan samenhang in tijd en inhoud, de procedures moeten elkaar aanvullen, de voorzienbaarheid en dubbele bewijsgaring moet worden voorkomen.⁵²

Deze Europese rechtspraak zet de deur open naar een meer gecoördineerde aanpak tussen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst. Gelet op het laatste aandachtspunt dat door

het EHRM werd geformuleerd, is het in dat verband juist van belang dat bewijs maar één keer wordt verzameld. Dit bewijs mag vervolgens – bijvoorbeeld door uitwisseling van het Openbaar Ministerie naar de Belastingdienst – best het startsein vormen voor een dubbele aanpak en sanctionering van de betreffende feiten, mits maar sprake blijft van voldoende samenhang tussen de trajecten. Dit is wat ons betreft een uitspraak die zich slecht laat verenigen met de gedachte die aan het una via-beginsel ten grondslag ligt.

3.2 Rechtspersoon versus natuurlijk persoon

Er is nog een andere reden waarom juist bij de samenloop tussen het fiscale recht en het strafrecht, vaker dan bij andere rechtsgebieden, sprake is van feitelijke ‘dubbele bestraffing’. In fiscale (straf)zaken zijn vaak ook rechtspersonen betrokken. Aangezien rechtspersonen juridisch als zelfstandige entiteiten worden aangemerkt kunnen hiermee (in ieder geval gevoelsmatig) gemakkelijk de beperkingen van dubbele bestraffing worden ‘omzeild’.

Is de belastingplichtige natuurlijk persoon reeds door de strafrechter veroordeeld wegens het feitelijk leidinggeven aan het doen van onjuiste aangifte, dan kan de Belastingdienst zonder beperking (naheffings- of navorderings)aanslagen met boeten opleggen aan de vennootschap waarop de aangifteverplichting rustte. Dat er gevallen denkbaar zijn waarin dit feitelijk neerkomt op dubbele bestraffing doet daar niet aan af. Zo zal degene die 100% van de aandelen in een vennootschap houdt, doorgaans degene zijn op wie een 100% boete aan de vennootschap ‘doorwerkt’. Bovendien zal het de aandeelhouder/bestuurder zijn die namens de rechtspersoon zal moeten procederen, waardoor het ook wat dat betreft zal voelen als een tweede bestraffingsprocedure.

Dat ook de belastingkamer van de Hoge Raad dit probleem erkent, volgt uit een arrest uit 1990 waarin werd geoordeeld over een zaak waarin vier directeuren (en enig aandeelhouders) van een schoonmaakbedrijf een transactie hadden gesloten met de officier van justitie wegens het onjuist doen van belastingaangiften. Vervolgens werd aan de overkoepelende rechtspersoon een aanslag met boete opgelegd. De Hoge Raad overwoog:⁵³

‘Ingevolge het bepaalde in artikel 51, lid 2, Sr is het Openbaar Ministerie vrij in zijn keuze om, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolging in te stellen tegen die rechtspersoon dan wel tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel tegen laatstgenoemden en de rechtspersoon te

51 EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11, BNB 2017/14.

52 Zie over toepassing van het toetsingskader tevens EHRM 18 mei 2017, nr. 22007-11.

53 HR 20 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4312, NJ 1990/811, r.o. 9.2.

zamen. Dit brengt evenwel niet mede dat, indien het Openbaar Ministerie de hiervoor bedoelde keuze heeft gemaakt, het de inspecteur zonder meer zou vrijstaan wegens dezelfde feiten die aan het Openbaar Ministerie ter beoordeling zijn voorgelegd, een verhoging op te leggen aan degene op wie de keuze van het Openbaar Ministerie niet is gevallen (cursivering toegevoegd (...)).'

Uit de woorden 'zonder meer' volgt dat de Hoge Raad de mogelijkheid van beboeting wel in stand laat. Uitspraken van de feitenrechter op dit vlak leiden tot wisselende uitkomsten. Zo oordeelde de strafkamer van Rechtbank Arnhem op 3 augustus 2006 dat het feit dat aan de vennootschap een vergrijpboete is opgelegd niet in de weg staat aan vervolging van verdachte als opdrachtgever en/of feitelijk leidinggevende.⁵⁴ De politierechter van Rechtbank Noord-Nederland verklaarde op 6 juli 2015 het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk met betrekking tot het dagvaarden van een eenmanszaak, terwijl de natuurlijke persoon, wiens bedrijf het betrof, voor dezelfde feiten ook gedagvaard was tegen dezelfde zitting.⁵⁵ Alhoewel de Nederlandse jurisprudentie op dit vlak niet eenduidig is, heeft het EHRM in een recent arrest bepaald dat bestraffing van zowel de rechtspersoon als de natuurlijke persoon in ieder geval mogelijk is. In de betreffende zaak werd de directeur van een vennootschap strafrechtelijk vervolgd voor btw-fraude, terwijl aan de vennootschap reeds fiscale boeten waren opgelegd voor dat feit. Het hof overweegt expliciet dat sprake is van verschillende entiteiten en dat daarom niet van dubbele bestraffing kan worden gesproken.⁵⁶ Dit laat onverlet dat rechtspersoon en natuurlijk persoon onder omstandigheden zodanig met elkaar kunnen worden vereenzelvigd dat het bestraffen van beiden resulteert in dubbele bestraffing. De jurisprudentie biedt in ieder geval aanknopingspunten om een dergelijk verweer – in het kader van de straftoemeting – nog steeds te voeren.

4 Ontneming en de kostenafgrekbeperking

Zoals beschreven komt het geregeld voor dat personen die in een strafrechtelijk onderzoek zijn betrokken na informatie-uitwisseling ook bericht van de fiscus ontvangen. Volgt er op enig moment ook daadwerkelijk een strafrechtelijke veroordeling, dan kan dit direct ook gevolgen hebben voor de fiscale positie. Artikel 3.14, eerste lid, onder d en e, Wet Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) bepaalt dat kosten en lasten die verband houden met misdrijven ter zake waar-

van de belastingplichtige bij onherroepelijke uitspraak door een Nederlandse strafrechter is veroordeeld zijn uitgesloten van aftrek.⁵⁷

Deze bepaling doorbreekt de fiscale neutraliteit en maakt een inbreuk op het beginsel dat fiscaal alleen opbrengsten belast zouden moeten worden. Heel simpel weergegeven: de ondernemer die 100 verdient en 50 aan kosten heeft gemaakt, betaalt belasting over de 'winst' van 50. Degene die met criminele activiteiten 100 verdient en 50 aan kosten heeft gemaakt, betaalt op grond van 3.14, eerste lid, Wet IB 2001 toch over de volledige 100 belasting omdat zijn kosten van aftrek zijn uitgesloten. Rechtvaardiging? Misdaad zou niet moeten lonen. Blijkbaar kreeg men 'het publiek' ten tijde van de invoering van het wetsvoorstel⁵⁸ niet uitgelegd dat het aftrekken van kosten geen voordeel oplevert, maar juist neutraliteit – oftewel herstel – bewerkstelligt. Juist die neutraliteit zou uitgangspunt moeten zijn waar het heffing betreft, maar dat uitgangspunt werd dus met de invoering van het betreffende wetsvoorstel verlaten.

De afgrekbeperking is gekoppeld aan het moment van de veroordeling of de strafbeschikking.⁵⁹ De kosten die in de vijf jaren voorafgaand aan de veroordeling zijn afgetrokken, moeten op dat moment tot de winst worden gerekend. Hierin kan dus een zelfstandige reden gelegen zijn om de strafzaak langer te rekken. Als op het moment dat het vonnis wordt gewezen de kosten langer dan vijf jaar geleden zijn gemaakt, kunnen de kosten immers niet meer worden gecorrigeerd. Vervelender en fiscaal complexer wordt het nog als op enig moment een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd. Met die ontnemingsmaatregel wordt immers bewerkstelligd dat wederrechtelijk verkregen voordeel terugvloeit naar de Staat en dus niet langer een voordeel voor de veroordeelde oplevert. Artikel 3.14, vierde lid, Wet IB 2001 regelt dat die ontneming niet onder de afgrekbeperking valt. De ontnemingsvordering mag dus wel ten laste van de winst worden gebracht. Hiermee wordt een 'dubbele correctie' voorkomen. Daarin ligt echter een ander nadeel besloten dat zich op het eerste gezicht niet expliciet manifesteert. Dit betreft het moment waarop de ontneming in aanmerking mag worden genomen. Daarover is het nodige te doen geweest. De Hoge Raad heeft inmiddels bepaald dat de ontneming pas ten laste

54 Rb. Arnhem 3 augustus 2006, nr. 08/905/980013-05.

55 Rb. Noord-Nederland 7 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3173.

56 HvJ EU 5 april 2017, zaken C-217/15 en C-350/15.

57 Hetzelfde geldt voor kosten ter zake van een onherroepelijke strafbeschikking en feiten waarvoor niet wordt vervolgd maar die wel een rol hebben gespeeld in de strafmaat.

58 Wetsvoorstel wijzigingen van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 en de Wet op de loonbelasting 1964, beperking afgrekbare kosten ter zake van criminele activiteiten (*Kamerstukken II* 1996/97, 25019, 3).

59 Dit geldt met uitzondering van kosten voor verboden wapenbezit, kosten die verband houden met illegaal bezit van vechthonden en kosten die verband houden met (niet-)ambtelijke omkoping (art. 3.14 lid 1 onder f, g en h Wet IB 2001).

van de winst mag worden gebracht op het moment dat deze daadwerkelijk het vermogen van de belastingplichtige heeft verlaten.⁶⁰ Daarmee werkt het tijdsverloop van een strafrechtelijke procedure, en de daarmee samenhangende ontnemingsprocedure, in het nadeel van de belastingplichtige. Betaling van het bedrag dat als 'ontneming' werd vastgesteld zal immers doorgaans jaren na aanvang van het strafrechtelijk onderzoek plaatsvinden. Op dat moment wordt een aanzienlijk verlies 'gecreëerd', omdat de ontneming wordt betaald. Dat verlies levert fiscaal gezien alleen iets op als daar ook winst tegenover staat. Een verlies verlaagt immers de winst, waarmee ook de te betalen belasting wordt verlaagd. Kort en goed is het dus van belang dat in het jaar waarop de ontneming wordt betaald nog winst wordt gemaakt. Vaak heeft een strafrechtelijk onderzoek echter tot gevolg dat er niet of nauwelijks meer winst wordt gemaakt in een ontneming. Gevolg daarvan is dus dat de belastingplichtige niks met het verlies kan. Dat verliezen nog kunnen worden verrekend met winst in het daaraan voorafgaande jaar (en de negen daaropvolgende jaren)⁶¹ helpt de belastingplichtige doorgaans niet, omdat de strafzaak vaak al veel langer dan een jaar loopt.

Het functioneren van het systeem van heffing en ontneming, of eigenlijk het niet functioneren van dat systeem, heeft dus doorgaans tot gevolg dat de belastingplichtige met een bedrag aan te betalen belasting blijft zitten, terwijl al zijn verdiensten zijn ontnomen.⁶²

Dit element verdient dus aandacht in de strafzaak. Getracht kan worden met de officier van justitie overeen te komen dat van ontneming wordt afgezien onder de voorwaarden dat

een en ander fiscaal wordt rechtgetrokken en dat de fiscale verplichtingen ook zullen worden nagekomen. De afspraken met de Belastingdienst kunnen dan in een vaststellingsovereenkomst worden vervat die (eventueel) ook door de officier van justitie wordt ondertekend. Op die manier kan een mogelijk nadelige ontneming, alsook een lange periode van onzekerheid, worden voorkomen.

5 Tot besluit

Het mag duidelijk zijn dat een strafrechtelijk onderzoek of een veroordelend vonnis ook kan leiden tot discussies met de fiscus. Of een zaak ook daadwerkelijk bij de fiscus terechtkomt, is momenteel nog van enig toeval, althans van menselijke oplettendheid en assertiviteit, afhankelijk. Ligt er echter eenmaal strafvorderlijke informatie bij de fiscus, dan kan dat vergaande gevolgen hebben. Er ontstaat dan bovendien een separaat traject waarvoor het Openbaar Ministerie niet langer verantwoordelijk is, maar waarvoor zij ook geen verantwoordelijkheid neemt.

Als de fiscale gevolgen bij het Openbaar Ministerie onder de aandacht worden gebracht, wordt daar doorgaans terughoudend op gereageerd waarbij erop wordt gewezen dat het Openbaar Ministerie alleen verantwoordelijk is voor de strafrechtelijke route. Alhoewel dit antwoord wellicht juridisch juist is, verdient de samenwerking en afstemming tussen het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst onzes inziens meer aandacht. Het is wenselijk dat overleg plaatsvindt en dat gezamenlijk wordt gezien welke wegen er worden bewandeld om de belastingplichtige 'aan te pakken' en eventuele voordelen te ontnemen. Voorkomen moet worden dat beide instanties slechts oog hebben voor de 'eigen route'. Het is steeds de belastingplichtige die daarvan de dupe wordt omdat feitelijk sprake is van dubbele bestraffing of dubbele ontneming van eventuele voordelen. Helaas is de praktijk tot op vandaag de dag een andere.

60 Hof Amsterdam 12 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4724; HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2299, *BNB* 2011/288 en HR 13 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW7156, *BNB* 2012/156.

61 Art. 20 lid 2 Wet Vpb.

62 Zie voor een alternatief voor het huidige systeem F.H.H. Sijbers, 'Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel en fiscaliteit: geen gelukkig huwelijk', *Strafblad* 2016, nr. 9.



42. Het recht op verblijf is niet absoluut

HET RISICO VAN EEN STRAFRECHTELIJKE VEROORDELING¹

Vreemdelingenrecht en strafrecht zijn nauw met elkaar verbonden: een strafblad kan leiden tot verlies van een verblijfsstatus, en de voorwaarden van een verblijfsrecht kunnen weer argumenten vormen voor strafmindering in een strafrechtelijke procedure. Voor een verdachte met een verblijfsstatus kunnen vreemdelingenrechtelijke argumenten daarom van groot belang zijn in zijn strafzaak. In dit artikel zullen wij bespreken onder welke omstandigheden een vreemdeling zijn verblijfsrecht kan verliezen wegens een strafrechtelijke veroordeling.

1 Inleiding

In het vreemdelingenrecht is het zo dat een vreemdeling zijn verblijfstitel kan verliezen omdat hij een strafblad heeft. Onder het nationale recht houdt de toets in dat een belangenafweging wordt gemaakt, waarbij het aantal jaar dat een vreemdeling rechtmatig in Nederland verblijft en de hoogte van de strafrechtelijke veroordeling tegen elkaar worden afgewogen. Dat noemen we de glijdende schaal. Voor asielzoekers gelden boven op deze regelgeving nog bijzondere voorwaarden. In dit artikel zullen wij in grote lijnen de gevolgen van een strafrechtelijke veroordeling voor het verblijfsrecht of de asielaanvraag van vreemdelingen uiteenzetten.

2 Glijdende schaal

2.1 Toepasselijkheid glijdende schaal

Voor een verdachte met een verblijfsvergunning geldt dat hij indien veroordeeld zijn verblijfsrecht in Nederland kan verliezen. Indien geen Unierecht² van toepassing is, zal de IND of vreemdelingenrechter altijd dienen te toetsen aan de zogeheten glijdende schaal van artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit (Vb) om te beoordelen of een verblijfsvergunning ingetrokken kan worden vanwege het strafblad van de

vreemdeling. De glijdende schaal houdt in dat hoe langer een vreemdeling rechtmatig op Nederlands grondgebied verblijft, hoe groter de inbreuk op de openbare orde zal moeten zijn om de verblijfsstatus in te trekken. Op grond van de artikelen 16 tot en met 22 van de Vreemdelingenwet (Vw) is de Nederlandse Staat namelijk bevoegd om een verblijfsrecht in te trekken indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde.

Hierbij kan de rechter gebruikmaken van de tabellen in artikel 3.86 Vb waarin – kort gezegd – de verblijfsduur wordt afgezet tegen de ernst van het misdrijf. Meer specifiek wordt de lengte van het rechtmatige verblijf afgezet tegen de hoogte van de bedreigde gevangenisstraf horende bij het gepleegde misdrijf, en vervolgens de hoogte van de concreet opgelegde straf. De leden 1 en 2 bevatten de algemene bepalingen. In lid 3 staat de belangenafweging bij zware misdrijven. De leden 4 en 5 bevatten een aparte schaal voor de veelplegers. Let wel: alleen een onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis van een misdrijf wordt meegewogen. Meegewogen wordt een gevangenisstraf, jeugddetentie, een taakstraf of een maatregel als bedoeld in artikel 37a, 38m of 77h, vierde lid, onder a of b, Sr.³

Via artikel 3.95 juncto artikel 3.98 Vb zijn de bepalingen van de glijdende schaal van overeenkomstige toepassing op de afwijzing en intrekking van de verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Vreemdelingen met een verblijfsvergunning

¹ Met dank aan de strafrechtelijke blik van Aimée Timorason.

² Bij de paragraaf over de Unierechtelijke openbare-orde-toets zullen wij uitleggen wanneer wél sprake is van Unierecht. In alle overige gevallen is de glijdende schaal van art. 3.86 Vb van toepassing.

³ Let wel: art. 9a Sr staat niet opgenomen in dit rijtje.

voor onbepaalde tijd zijn dus niet in beginsel 'veilig', ook al heeft het verblijfsrecht een permanent karakter. Dat zou alleen anders zijn als zij inmiddels de Nederlandse nationaliteit bezitten.⁴ Tevens is het niet zonder meer mogelijk dat een vreemdeling de Nederlandse nationaliteit aanvraagt, bijvoorbeeld via een naturalisatieprocedure. Dikwijls zal het hebben van een strafblad in de weg staan aan het verkrijgen van het Nederlanderschap. Bovendien zal het op het spel staande verblijfsrecht wegens strafrechtelijke antecedenten vaak tevens een probleem vormen: de vreemdeling dient gedurende de naturalisatieprocedure (die maximaal één jaar kan duren) in het bezit te zijn van een geldige verblijfsvergunning.

2.2 Aanscherpingen van de glijdende schaal

De glijdende schaal is in 1990 geïntroduceerd in het vreemdelingenrecht en is sindsdien in totaal zeven keer aangepast. De meest ingrijpende aanpassingen dateren van 2010 en 2012, waarvan de wetwijziging van 1 juli 2012 het meest recent is.⁵ Welke versie van toepassing is in het concrete geval, hangt af van de datum van het gepleegde delict. Zo is op een datum delict van 2 juli 2012 wél de glijdende schaal met ingangsdatum van 1 juli 2012 van toepassing, maar op een datum delict van 30 juni 2012 niet.

In de wetwijzigingen is een duidelijke tendens te zien, namelijk een steeds verdere aanscherping van de glijdende schaal. De Nederlandse overheid achtte de aanscherpingen noodzakelijk om de samenleving te beschermen tegen criminele vreemdelingen. Daar wordt tegenin gebracht dat het beginsel van proportionaliteit ernstig in het gedrang dreigt te komen, en dat het zeer de vraag is in hoeverre de snel op elkaar volgende wetwijzigingen noodzakelijk en legitiem zijn.⁶ Deze kritiek is te herleiden tot het gedachtegoed van Willem Witteveen, die in zijn boek *De wet als kunstwerk* betoogt dat de overheid moet overgaan tot een *slow law*-beweging, en dus niet klakkeloos de opinie van de dag moet omzetten tot nieuwe wetgeving.⁷

Het meest sprekende voorbeeld van een aanscherping is de thans geldende glijdende schaal bij een verblijf in Nederland van drie jaar of minder (het 'lik op stuk'-beleid), waarbij het totaal van één dag gevangenisstraf, of twee uur werkstraf, al voldoende is om het verblijfsrecht in te trekken. Een door een strafrechtadvocaat gemotiveerd argument bij de strafrechter dat minder uren werkstraf opgelegd dienen te worden in verband met de glijdende schaal, kan dan voor beide rechtsgebieden leiden tot een positief resultaat voor de cliënt. De algemene regel blijft dat hoe langer sprake is van rechtmatig verblijf, hoe moeilijker het wordt de verblijfsvergunning in te trekken.

Toch hanteert de IND een steeds strikter beleid ten aanzien van de duur van de gevangenisstraf, waardoor het verblijfsrecht gemakkelijker kan worden ingetrokken. Wat dit precies betekent voor het aantal intrekkingen op grond van de openbare orde, is officieel nog niet bekend, omdat de IND pas sinds begin 2016 deze intrekkingen registreert.⁸ In onze praktijk lijken wij echter wel een toename van dit type zaken te zien. Ook het WODC heeft in 2014 reeds de inschatting gemaakt dat het aangescherpte beleid zal leiden tot een groter aantal beëindigingen van rechtmatig verblijf.⁹ Terzijde merken wij op dat de IND of vreemdelingenrechter altijd dient te toetsen aan artikel 8 EVRM, namelijk of de uitzetting van de vreemdeling in strijd zou zijn met zijn privé- en gezinsleven.¹⁰ Zelfs het hebben van een gezinsleven, eventueel met minderjarige kinderen, kan de vreemdeling echter niet altijd helpen. Het is tevens complex om privéleven aan te tonen bij een criminele vreemdeling die jaren in de cel heeft gezeten, want waarom zou hij geïntegreerd zijn als hij juist is afgezonderd van de Nederlandse samenleving? Omdat deze belangenafweging erg casuïstisch is en niet direct van belang voor de strafrechtelijke praktijk, zullen wij hier niet verder over uitweiden.

2.3 Twintigjaarstermijn

Het meest sprekende voorbeeld van de steeds striktere regelgeving is de afschaffing van de twintigjaarstermijn, dat wil zeggen de regel dat na rechtmatig verblijf van twintig jaar een crimineel antecedent niet meer kan leiden tot intrekking van de verblijfsvergunning. Deze termijn is afgeschaft met de aanscherping van 1 juli 2012. Toch is er nog steeds een groep

4 Tenzij de Nederlander terroristische activiteiten pleegt of voorbereidt, indien hij meer dan één nationaliteit heeft (bijv. Marokkaans en Nederlands): zie de op 13 maart in de Staatscourant gepubliceerde WBN 2017/3, waarin de Handleiding voor de toepassing van de Rijkswet op het Nederlanderschap wordt gewijzigd, en de wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap zelf, per 1 maart 2017 (Stb. 2017, 52).

5 Besluit van 26 maart 2012, Stb. 2012, 158.

6 Zie de adviezen van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (AVCZ) inzake de conceptwijziging van het Vreemdelingenbesluit (Vb) 2000 (aanscherping glijdende schaal), van 23 augustus 2011 (AVCZ/ADV/2011/022) en van 29 januari 2013 (AVCZ/ADV/2013/003).

7 W. Witteveen, *De wet als kunstwerk*, Amsterdam: Boom 2014, zoals aangehaald door plaatsvervangend voorzitter van de ACVZ Hans Sondaal tijdens een cursus aan de Specialisten Vereniging Migratierecht Advocaten (SVMA).

8 Zie in dit verband S. Meijer, 'De invloed van de strafrechter op de bijkomende gevolgen van de straf', DD 2017/16.

9 Rapport WODC/Panteia, *Aanscherping glijdende schaal. Geschatte resultaten van recente en voorgenomen wijzigingen*, Zoetermeer: WODC/Ministerie van Veiligheid en Justitie 2014, p. 62-64.

10 Zie art. 3.86 lid 17 Vb en bijv. de volgende EHRM-zaken: EHRM 2 augustus 2001, nr. 54273/00, «JV» 2001/254, m.nt. Boeles (*Boultif/Zwitserland*) en EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 46410/99, «JV» 2006/417, m.nt. Boeles, par. 57 e.v. (*Üner/Nederland*).

vreemdelingen die aanspraak kan maken op de twintigjaars-termijn. Een voorbeeld:

Een Surinamer heeft een verblijfsstatus in Nederland van kinds af aan, sinds 1979. Hij heeft een ernstig misdrijf gepleegd in 2005, en de strafrechter heeft hem tbs met dwangverpleging opgelegd. Hij heeft sindsdien geen nieuw misdrijf gepleegd. Inmiddels heeft hij een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd. Met de aanscherping van 2012 is de regel afgeschaft die bepaalt dat het verblijfsrecht van vreemdelingen die meer dan twintig jaar in Nederland verblijven, niet langer kan worden ingetrokken op grond van de glijdende schaal. In 2017 komt de IND erachter dat hij een strafblad heeft, en gaat vervolgens over tot een voornemen tot intrekking van zijn verblijfsvergunning omdat hij een gevaar voor de openbare orde zou vormen. Hij heeft recentelijk opnieuw een verlenging van de tbs-maatregel opgelegd gekregen door de strafrechter en verblijft in een tbs-kliniek.

In dit geval heeft onze Surinaamse man het recht aan zijn kant: hij heeft immers meer dan twintig jaar rechtmatig verblijf, en de glijdende schaal van 2004 (de laatste aanscherping voorafgaand aan het misdrijf) is van toepassing.¹¹ In deze versie van de glijdende schaal was de twintigjaarstermijn nog opgenomen.

Mocht hij bijvoorbeeld op 1 augustus 2016 (dus na de laatste grote aanscherping uit 2012) nog een tweede misdrijf hebben gepleegd waarvoor hij onherroepelijk is veroordeeld, al is het maar iets relatief kleins als een winkeldiefstal, dan zou hij het risico lopen de dupe te worden van de thans geldende glijdende schaal. Het thans geldende artikel 3.86, tweede lid, Vb houdt in dat bij een verblijf van ten minste vijftien jaar het verblijfsrecht al kan worden ingetrokken bij 65 maanden opgelegde gevangenisstraf. Het eerste misdrijf in combinatie met de winkeldiefstal kan dus al leiden tot een intrekking van het verblijfsrecht.

2.4 Uitzonderingen glijdende schaal

In elke variant van de glijdende schaal zijn door de jaren heen verschillende uitzonderingen op de hoofdregel opgenomen. Zelfs in de thans geldende glijdende schaal, hoe strikt ook, zijn uitzonderingen op de hoofdregel opgenomen.

11 Uit het overgangsrecht blijkt immers telkens dat de aanscherping van de glijdende schaal zo moet worden uitgelegd dat de verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling van wie het verblijf vóór de inwerkingtreding van een wijzigingsbesluit niet kon worden beëindigd, moet worden geëerbiedigd, wat betekent dat de regelgeving van vóór het wijzigingsbesluit van toepassing blijft in de situatie waarin een vreemdeling zich na die datum niet meer heeft schuldig gemaakt aan een misdrijf waarvoor hij onherroepelijk is veroordeeld. Zie bijv. ABRvS 29 januari 2016, ECLI:RVS:201679, r.o. 6 en 7, betreffende het wijzigingsbesluit van 26 maart 2012 (Stb. 2012, 158, art. II).

De eerste uitzondering betreft vreemdelingen die hier geboren zijn, of voor hun 4de levensjaar tot Nederland zijn toegelaten, en hier altijd hebben gewoond op grond van artikel 21, vierde lid, Vw.¹² Een andere belangrijke exceptie is opgenomen in het negende lid van artikel 3.86 Vb, waarin minderjarigen met één Nederlandse, en in Nederland wonende, ouder worden vrijgesteld van de glijdende schaal. Ook wordt er niet afgewezen of ingetrokken op grond van de glijdende schaal bij een onafgebroken verblijfsduur van tien jaar, tenzij sprake is van een misdrijf uit de Opiumwet waarop een gevangenisstraf van zes jaar of meer is gesteld, of een misdrijf als bedoeld in artikel 22b, eerste lid, Sr.

Daarnaast kan de glijdende schaal niet tot verlies van verblijfsrecht leiden indien de vreemdeling verblijfsrecht ontleent aan de Overeenkomst¹³ en het Besluit¹⁴ dat de EU met Turkije heeft opgesteld, of indien uitzetting strijd zou opleveren met artikel 8 EVRM, het recht op gezinsleven. Wat betreft Turkse vreemdelingen geldt dat gunstigere bepalingen van toepassing zijn, dat het daarom altijd loont een vreemdelingenrechtsspecialist te betrekken en dat de glijdende schaal vaak niet van toepassing zal zijn.

Ten slotte is het van belang goed in het oog te houden dat de glijdende schaal in beginsel niet geldt voor die vreemdelingen op wie Europese regelgeving van toepassing is. Nadere uitleg over wanneer het Unierecht van toepassing is, volgt hierna.

2.5 Rekenen voor gevorderden bij veelplegers

Het uitgangspunt van de IND is dat de pleegdatum van het laatstgepleegde delict bepaalt welke glijdende schaal van toepassing is. Voor veelplegers en zware misdrijven zijn er aparte, zwaardere schalen van toepassing. Op 31 juli 2010 trad de recidiveregeling in werking in artikel 3.86 Vb. Vanaf die datum werden bij veroordelingen voor vijf of meer misdrijven de straffen bij elkaar opgeteld. Een totale duur van veertien maanden gevangenisstraf kon zo al leiden tot intrekking van het rechtmatig verblijf, ongeacht de duur van het verblijf.¹⁵ Sinds de aanscherping van 1 juli 2012 telt de recidiveschaal echter al na drie veroordelingen. Een voorbeeld:

12 Tenzij er sprake is van een onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis met een gevangenisstraf van meer dan zestig maanden ter zake van handel in verdovende middelen.

13 De zogeheten Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschap en Turkije, Ankara, van 12 september 1963.

14 Er zijn meerdere besluiten, maar meestal betreft het in het vreemdelingenrecht Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije van 19 september 1980.

15 Voor het berekenen van de jaren rechtmatig verblijf is het aan te raden niet blind uit te gaan van de informatie van de helpdesk van de IND. Het blijkt vaak nodig te zijn het departementaal dossier op te vragen vooraleer een goede inschatting kan worden gemaakt van de exacte verblijfsgechiedenis.

Een Braziliaanse man uit 1986 heeft een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd. In 1997 gaat hij op 11-jarige leeftijd naar zijn vader in Nederland gekomen. Hij heeft een lang strafblad, opgebouwd vanaf de puberteit. Zijn laatstgepleegde delict dateert van augustus 2012. Zijn eerste delict (als minderjarige) dateert van 2001. Zijn vader is in 2002 Nederlander geworden. Sinds hij meerderjarig is, is hij in totaal zevenmaal veroordeeld, in totaal voor acht jaar aan straffen (waarvan zeven onherroepelijke). Zijn eerste delict als meerderjarige dateert van 2005. Er staat nog een zaak open van 2013, waarvoor hij is gedagvaard.

De glijdende schaal van 1 juli 2012 is van toepassing gezien de datum van zijn laatstgepleegde delict.¹⁶ De zaak waarvoor hij is gedagvaard telt niet mee, omdat hij (nog) niet onherroepelijk veroordeeld is. De Braziliaan is voor meer dan drie misdrijven veroordeeld als meerderjarige, dus is de veelplegersschaal van toepassing (zie lid 4 en 5). Vanaf de start van zijn rechtmatig verblijf (1997) tot de datum van het eerste misdrijf als meerderjarige (2002) is ten minste zes jaar, maar minder dan zeven jaar verstreken. Het totaal aan ten uitvoer gelegde straffen moet in dat geval ten minste gelijk zijn aan zeven maanden om in te trekken. De man is al voor in totaal achttien maanden veroordeeld. Zijn verblijfsrecht kan dus wél worden ingetrokken.

Stel nu dat hij net géén zeven maanden straf opgelegd zou hebben gekregen, dan zal de IND vervolgens kijken naar het daaropvolgende gepleegde delict en de daarbij horende glijdende schaal. De misdrijven die hij vóór 2005 heeft gepleegd, kunnen op zichzelf niet tot intrekking leiden op grond van de glijdende schaal die toen gold, omdat zijn vader is genaturaliseerd en hij destijds nog minderjarig was.¹⁷ Een onderbreking in zijn verblijfsrecht (bijvoorbeeld omdat hij zijn vergunning te laat heeft verlengd) kan worden tegengeworpen, wat betekent dat de IND weer opnieuw begint met het tellen van het aantal jaar verblijf vanaf het moment dat er opnieuw rechtmatig verblijf is.

3. Unierechtelijke openbare-ordetoets

3.1 Doelgroep Unierecht

Indien Unierecht van toepassing is op het verblijfsrecht, speelt het principe van de glijdende schaal niet. De ervaring leert dat de IND zal proberen de glijdende schaal zo vaak mogelijk van toepassing te achten, omdat de Unierechtelijke openbare-ordetoets minder snel tot intrekking van het verblijfsrecht zal leiden.¹⁸

Het Unierecht is vanzelfsprekend van toepassing bij Unieburgers en hun familieleden op grond van het Verdrag en Richtlijn nr. 2004/38/EG.¹⁹ Het wordt echter al snel gecompliceerder: ook vreemdelingen met hun in Nederland wonende gezinslid kunnen onder het bereik van een Europese richtlijn vallen.²⁰

3.2 Openbare-ordetoets

De jurisprudentie van zowel het Europese Hof van Justitie als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt steeds meer tot een geüniformeerd openbare-ordebegrip te komen, gebaseerd op Richtlijn nr. 2004/38/EG:²¹

‘Het gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen.’²²

Deze toets is aanzienlijk anders dan de toets van de glijdende schaal. Zo zou onder de glijdende schaal een reeks kleine winkeldiefstallen makkelijk tot een intrekking kunnen leiden, maar dat is met de Unierechtelijke toets gecompliceerder. De IND zal dan immers dienen te onderbouwen wat precies de voldoende ernstige dreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving inhoudt bij bijvoorbeeld een man die stelselmatig sokken steelt.²³ Van belang is of zwaardere straffen dan gewoonlijk zijn opgelegd, wat voor schade precies is veroorzaakt aan de samenleving en het recidivisico. Een positief reclasseringsrapport kan dan helpen, wat door de advocaat moet worden opgevraagd en ingebracht.

3.3 Actuele dreiging

Opvallend aan het Unierechtelijke openbare-ordebegrip is de toets van de actuele bedreiging voor de openbare orde.²⁴ In de glijdende schaal is immers geen actualiteitseis terug te vinden. In de praktijk betekent het dat een misdrijf uit het

16 Besluit van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 25 juni 2012, WBV 2012/12.

17 Zie art. 3.86 lid 9 Vb, zoals die op 31 juli 2012 gold.

18 Zie bijv. ABRvS 2 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1550, «JV» 2016/199.

19 Ook Nederlanders kunnen tot deze groep behoren indien zij met hun partner langer dan drie maanden in een andere EU-lidstaat hebben gewoond en daarna zijn teruggekeerd (de zogeheten België- of Europaroute).

20 Richtlijn nr. 2003/86/EG. Of een van de bijzondere richtlijnen zoals de richtlijn voor langdurig ingezetenen (Richtlijn nr. 2003/109/EG), asielzoekers, Turkse onderdanen, studenten, houders van een Blauwe Kaart enz.

21 Zie o.m. HvJ EU 11 juni 2015, zaak C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377 (Zh. en O.); HvJ EU 24 juni 2015, zaak C-373/13 (HT); HvJ EU 15 februari 2016, zaak C-601/15 (JN); ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4075. Er zal de komende jaren nog veel geprocedeerd worden over het al dan niet bestaan van een geüniformeerd begrip.

22 Art. 27 lid 2 tweede alinea Richtlijn nr. 2004/38/EG.

23 Zie ook ABRvS 18 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:62.

24 Zie o.a. HvJ EG 27 oktober 1977, zaak C-30/77, RV 1977/87 (Bouchereau).

verleden niet vandaag nog automatisch kan leiden tot een gevaar voor de openbare orde.

Andersom is de vraag: hoe snel komt de IND erachter dat een vreemdeling een strafblad heeft? Dat is immers bepalend voor het vaststellen van een actueel gevaar. In het verleden liep men meestal tegen de lamp bij een verlenging of wijziging van het verblijfsrecht, dus bij een actieve handeling van de vreemdeling in zijn IND-dossier. Sinds pakweg een jaar of vier heeft de IND een projectgroep genaamd JUDOKA,²⁵ wat inhoudt dat de IND automatisch wordt ingelicht over strafrechtelijke vervolgingen en veroordelingen van een vreemdeling. Meteen wordt bekeken of de criminele antecedenten tot een intrekking van het verblijfsrecht dienen te leiden. De voornemens tot intrekking van het verblijfsrecht worden geautomatiseerd verstuurd.

Om het concreter te maken: laten we even teruggaan naar onze Surinamer. We hebben eerder vastgesteld dat zijn verblijfsrecht ingetrokken zou kunnen worden op grond van de glijdende schaal indien hij in 2016 een winkeldiefstal zou hebben gepleegd. Stel nu dat hij geen tbs opgelegd heeft gekregen en het Unierecht op hem van toepassing zou zijn, doordat hij bijvoorbeeld een Franse echtgenote heeft die tevens in Nederland woont en voldoende inkomsten geniet. Dan zou de IND niet zomaar zijn verblijfsrecht kunnen intrekken, immers moet nog maar blijken dat sprake is van een actuele dreiging in het geval dat één ernstig misdrijf is gepleegd in 2005 en één (recentere) winkeldiefstal in 2016. De belangenafweging kan weer anders uitvallen indien de Surinaamse man in 2016 tevens een ernstig misdrijf heeft gepleegd, waarvoor bijvoorbeeld een zwaardere straf is opgelegd.

3.4 Verblijfsduur onder het Unierecht

In de Unierechtelijke openbare-ordetoets speelt de duur van onafgebroken rechtmatig verblijf een minder directe rol, maar het kan een rol van betekenis spelen in de Unierechtelijke evenredigheidstoets. Op dit moment liggen er prejudiciële vragen bij het Europese Hof van Justitie over de kwestie of onafgebroken rechtmatig verblijf onderbroken kan worden door een detentieperiode.²⁶ Wat betreft familieleden van Unieburgers, heeft het Europese Hof in 2014 reeds een uitspraak gedaan: gedurende de detentieperiode kunnen geen Unierechtelijke verblijfsrechten worden opgebouwd. Het optellen van jaren om een permanent verblijfsrecht te krijgen, begint dus weer opnieuw na een detentieperiode.²⁷

²⁵ De afkorting staat voor: Justitiële Documentatie op basis van Keten Abonnementen.

²⁶ HvJ EU 1 augustus 2016, zaak C-424/16 (*Vomero*).

²⁷ HvJ EU 16 januari 2014, zaak C-423/12.

4 Het asielrecht

4.1 Wanneer is het asielrecht van toepassing?

Strafrechtelijke veroordelingen hebben in het asielrecht een andere doorwerking dan in het reguliere vreemdelingenrecht – tenminste, als de betrokkene in het bezit is van een asielvergunning, of als hij daar recht op zou hebben gehad zonder veroordeling. Hetgeen hiervoor is besproken, is ook van toepassing op personen met (recht op) een asielvergunning, maar in hun geval gelden aanvullende waarborgen.

In deze paragraaf komt aan de orde welke aanvullende waarborgen er zijn voor deze groep vreemdelingen, bestaande uit asielzoekers (vreemdelingen die zijn verwikkeld in een lopende asielprocedure) en asielvergunninghouders. Binnen deze groep kan bovendien een onderscheid worden gemaakt tussen personen die als vluchteling zijn of moeten worden erkend, en personen die recht hebben op ‘subsidiare bescherming’. Dit onderscheid is niet alleen van belang in het asielrecht, maar óók voor strafrechtjuristen, zoals zal blijken. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de antecedenten die een risico opleveren in deze afzonderlijke situaties. Ten slotte wordt het beleid van de IND, om meerdere veroordelingen bij elkaar op te tellen voor de berekening van de strafmaat, kritisch besproken.

In Nederland heeft een asielzoeker recht op asiel als hij aanmerkelijk maakt dat hij gegronde vrees heeft om bij terugkeer naar zijn land van herkomst te worden vervolgd in de zin van het Vluchtelingenverdrag, dan wel als hij daar een reëel risico loopt op foltering, onmenselijke behandeling²⁸ of ‘ernstige schade’.²⁹ In dat tweede geval wordt hem zogenaamde subsidiaire bescherming geboden.

Van vluchtelingenrechtelijke vervolging is sprake bij een bedreiging voor leven of vrijheid, of bij andere grove mensenrechtenschendingen, vanwege minimaal één van de in artikel 1(A) van het verdrag genoemde vervolgingsgronden: etniciteit, religie, nationaliteit, politieke mening of het lidmaatschap van een specifieke sociale groep.³⁰ Als een asielzoeker gegronde vrees heeft voor vervolging, wordt hij in het bezit gesteld van een asielvergunning op grond van artikel 29,

²⁸ In de zin van art. 3 EVRM.

²⁹ In de zin van art. 15 onder c EU-Definitierichtlijn (Richtlijn nr. 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking)).

³⁰ Par. 51 van het *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status*, van het UNHCR (www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf). N.B. De richtlijnen van het UNHCR zijn juridisch niet bindend, maar wel gezaghebbend.

eerste lid, onder a, Vw. Als een vervolgingsgrond ontbreekt maar er wel reden is voor subsidiaire bescherming, dient een asielvergunning te worden verleend op grond van artikel 29, eerste lid, onder b, Vw. Subsidiair beschermden vallen dus buiten het toepassingsbereik van het Vluchtelingenverdrag. Zij ontleen hun recht op asiel voornamelijk aan artikel 3 EVRM.

Hoewel er grofweg twee verschillende grondslagen zijn voor asiel, is er maar één soort asielaanvraag en beoordeelt de IND naar aanleiding daarvan of de asielzoeker als vluchteling dient te worden erkend of dat hij subsidiaire bescherming verdient. Als een van de grondslagen van toepassing is, wordt een asielvergunning verleend. Een 'a-vergunning' heeft dezelfde rechtsgevolgen als een 'b-vergunning'. Als de asielzoeker aan wie subsidiaire bescherming is verleend van mening is dat hij als vluchteling had moeten worden erkend, kan hij daar dus niet over klagen in rechte, omdat procesbelang ontbreekt.³¹ Zoals hierna zal blijken, loopt het verblijfsrecht van een subsidiair beschermd bij een strafrechtelijke veroordeling echter wel sneller gevaar dan dat van een erkend vluchteling.

4.2 Verspelen van het recht op asiel vanwege strafrechtelijke antecedenten

Het Vluchtelingenverdrag biedt bescherming tegen vervolging. De belangrijkste component daarvan is dat een vluchteling niet kan worden uitgezet naar zijn land van herkomst. Dit recht is echter niet onvoorwaardelijk, het kan vervallen om redenen van openbare orde. Bij ernstige vermoedens dat de asielzoeker in zijn land van herkomst oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid heeft begaan, handelingen in strijd 'met de doelstellingen en beginselen van de VN' heeft verricht,³² of ernstige niet-politieke (commune) misdrijven heeft gepleegd, is de *exclusion clause* van artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag van toepassing. Als artikel 1(F) wordt toegepast, wordt geen vluchtelingenstatus verleend. Daarnaast is in artikel 33, tweede lid, Vluchtelingenverdrag bepaald dat bescherming ook kan worden onthouden of ingetrokken aan vreemdelingen die in het land waar zij naartoe zijn gevlucht onherroepelijk zijn veroordeeld voor 'een bijzonder ernstig delict'. Dit artikel biedt geen grondslag om een persoon die onder de definitie van artikel 1(A) Vluchtelingenverdrag valt niet als vluchteling te erkennen, echter die persoon verliest wel het recht om niet te worden uitgezet. In de Nederlandse praktijk is er tussen het onthouden van de vluchtelingenstatus enerzijds of enkel het recht om niet

te worden uitgezet anderzijds (vooralsnog) overigens geen relevant verschil.³³

Het Vluchtelingenverdrag staat derhalve onder omstandigheden toe dat een – uitgeprocedeerde – asielzoeker wordt uitgezet naar een land waar hij gegronde vrees heeft voor vervolging. In de praktijk komt dit echter niet voor, omdat gegronde vrees voor vervolging in de zin van het Vluchtelingenverdrag ook altijd een reëel risico op onmenselijke behandeling inhoudt (niet per definitie, maar een uitzondering is moeilijk voor te stellen). En anders dan het recht op bescherming van artikel 1(A) Vluchtelingenverdrag, is de bescherming die artikel 3 EVRM biedt wel absoluut.³⁴ Hoe ernstig het delict ook is, een asielzoeker kan niet worden uitgezet naar een land waar hij een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM zal moeten ondergaan.

Enkel een reëel artikel 3 EVRM-risico weerhoudt de IND er evenwel niet van om asielaanvragen af te wijzen om redenen van openbare orde. Het resultaat is dat deze personen vervolgens 'gedoogd' illegaal in Nederland zullen verblijven. Zij kunnen niet worden uitgezet en daarom ook niet in vreemdelingenbewaring worden gesteld, maar ze hebben geen recht op voorzieningen³⁵ noch de mogelijkheid om te werken.

4.3 De gevolgen van een veroordeling voor een (bijzonder) ernstig misdrijf

Artikel 1(F) Vluchtelingenverdrag ziet uitsluitend op misdrijven die zijn gepleegd buiten Nederland, voorafgaand aan de asielaanvraag. Voor de Nederlandse strafrechtjurist is artikel 33, tweede lid, Vluchtelingenverdrag daarom van groter belang: de veroordeling ter zake van een bijzonder ernstig misdrijf in het gastland, Nederland.

Zoals hiervoor opgemerkt zouden a- en b-asielvergunningen exact dezelfde rechten moeten bieden. Echter, binnen de 'openbare orde afwijzingsgronden' wordt er wel degelijk een onderscheid gemaakt. A-statushouders ontleen rechten aan het Vluchtelingenverdrag, b-statushouders niet. Als het

31 ABRvS 28 maart 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE1168, «JV» 2002/153, m.nt. BKO.

32 Bijv. terroristische misdrijven, zie ook HvJ EU 31 januari 2017, zaak C-573/14 ECLI:EU:C:2017:71, «JV» 2017/78, m.nt. M. van Eik (Lounani).

33 Naar Nederlands recht valt de vluchtelingenstatus namelijk samen met de verblijfsvergunning. Als een verblijfsrecht wordt geweigerd of ingetrokken onder toepassing van art. 33 lid 2 Vluchtelingenverdrag, dan geldt dat daarom ook voor de vluchtelingenstatus. Lidstaten zijn gehouden om een asielzoeker als vluchteling te erkennen als hij onder de definitie van art. 1(A) Vluchtelingenverdrag valt, tenzij een van de uitsluitingsgronden – zoals art. 1(F) – van toepassing is. Art. 33 van het verdrag bevat geen uitsluitingsgrond. De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen van België, waar een vergelijkbare praktijk geldt, heeft onlangs prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) (zaken C-77/17 en C-78/17 (X et X), ingediend op 13 februari 2017) over dit onderwerp. Naar het oordeel van de Belgische rechter is het ontoelaatbaar dat art. 33 als uitsluitingsgrond wordt toegepast.

34 EHRM 28 februari 2008, nr. 37201/06, «JV» 2006/312, par. 127 (Saadi/Italië).

35 Behalve medisch noodzakelijke zorg.

Vluchtelingenverdrag van toepassing is, kan een asielvergunning dus ook alleen worden geweigerd of ingetrokken als de betrokkene onherroepelijk is veroordeeld voor een 'bijzonder ernstig misdrijf'.³⁶ Bij b-statushouders ligt de lat lager, zij kunnen hun recht op asiel al verliezen bij de veroordeling voor een 'ernstig' misdrijf.³⁷ Dit onderscheid komt voort uit de EU-Definitierichtlijn.³⁸

Hoewel het onmogelijk is voor een asielzoeker om bij de verlening van een b-vergunning door te procederen voor een a-vergunning, kan hij bij een eventuele intrekking van zijn asielvergunning wel aanvoeren dat hij als verdragsvluchteling had moeten worden erkend. Als hij daar gelijk in krijgt, zal zijn verblijfsvergunning niet kunnen worden ingetrokken vanwege de veroordeling voor een ernstig misdrijf, maar zal sprake moeten zijn van een delict dat past in de categorie van 'bijzonder ernstige misdrijven'.

In het beleid (de Vreemdelingencirculaire 2000) zijn deze begrippen verder uitgewerkt. Of een delict ernstig of bijzonder ernstig is hangt vrijwel uitsluitend af van de opgelegde gevangenisstraf. Elk strafbaar feit dat tot een veroordeling van ten minste zes maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf heeft geleid, is een ernstig delict, een veroordeling tot ten minste tien maanden is bijzonder ernstig.³⁹ Voorheen ging het overigens om respectievelijk 18 en 24 maanden onvoorwaardelijk. Het beleid is in 2016 fors aangescherpt.⁴⁰

Als de veroordeling voldoet aan de norm, zal deze als ernstig of bijzonder ernstig worden aangemerkt aan de hand van de bijzondere omstandigheden, volgens het beleid. Aangezien zowel het formeel als het materieel asielrecht is uitgewerkt in EU-richtlijnen, ligt het in de rede dat daarbij ook aan de maatstaven van het hiervoor besproken Europese openbare-ordebegrip moet worden voldaan. Ook zal dan dus per geval beoordeeld moeten worden of sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

Omdat de IND altijd naar het oordeel van de strafrechter verwijst bij de beoordeling van de ernst van een delict en de inbreuk op de openbare orde, kan het lonen als al in de strafprocedure verweer wordt gevoerd op deze punten. Wellicht kan de strafrechter dan worden verleid om in zijn vonnis bijvoorbeeld net iets meer woorden te wijden aan de actualiteit van het gevaar voor de openbare orde (het recidiverisico), dan strikt noodzakelijk is voor de strafrechtelijke procedure. Verwezen kan worden naar het belang van een goed gemotiveerd vonnis voor de verblijfsrechtelijke procedure die loopt

of gaat volgen, zodat in deze fase al kan worden voorkomen dat de IND het oordeel van de strafrechter anders uitlegt dan daadwerkelijk bedoeld. Indien in de vreemdelingenrechtelijke procedure op verzachtende omstandigheden wordt gewezen, doet de IND dit namelijk doorgaans af met de overweging dat de strafrechter het bij zijn oordeel heeft betrokken en toch tot een veroordeling is gekomen (ofwel: het doet niets af). Als de verzachtende omstandigheden al duidelijk(er) worden vermeld in het vonnis, zal de IND de besluiten naar aanleiding daarvan tenminste scherper moeten motiveren.

4.4 Twee misdrijven is één misdrijf?

Discutabel is de beleidsregel⁴¹ die voorschrijft dat een optelsom van meerdere veroordelingen ook leidt tot de kwalificatie van 'een' (bijzonder) ernstig misdrijf. Taalkundig sluit dat niet aan op de tekst van artikel 33 Vluchtelingenverdrag en ook niet op artikel 14, vierde lid, onder b, en artikel 17, eerste lid, onder b, EU-Definitierichtlijn.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om de kwalificatie van het (bijzonder) ernstige misdrijf uit te werken aan de hand van de strafmaat. Dat biedt concrete handvatten en daar is dus iets voor te zeggen. Echter, met deze beleidsregel lijkt uit het oog te zijn verloren dat de hoogte van de straf een invulling is van de norm, niet een vervanging daarvan. Het is duidelijk niet de bedoeling geweest van de Verdragen- en Uniewetgever om het recht op asiel te ontzeggen vanwege meerdere kleinere delicten. Er is enkel een grondslag gecreëerd om daartoe over te gaan als sprake is van – ten minste – één misdrijf dat voldoende ernstig is.

Dat de optelsom ontoelaatbaar is, is reeds in meerdere uitspraken vastgesteld door de vreemdelingenrechter, terwijl ons geen uitspraken bekend zijn waarin het beleid expliciet rechtmatig is bevonden.

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg, heeft in de uitspraak van 31 juli 2014 de beleidsregel buiten toepassing gesteld wegens strijd met het Unierecht, voor zover het de optelsom betrof.⁴² Deze uitspraak is in stand gebleven nadat de staatssecretaris hoger beroep had ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).⁴³ De uitspraak van de Afdeling bevat helaas geen motivering,⁴⁴ maar aangezien de staatssecretaris het oordeel van de rechtbank op dit punt inhoudelijk had aangevochten, mag ervan worden uitgegaan dat de Afdeling de optelsom ook ontoelaatbaar acht.

36 Art. 3.105c onder b Vb 2000.

37 Art. 3.105f lid 2 onder b Vb 2000.

38 Art. 14 lid 4 onder a en 17 lid 1 onder b EU-Definitierichtlijn.

39 Par. C/7/7.10.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

40 WBV 2016/8, *Stcrt.* 2016, 33891.

41 Zie eveneens par. C/7/7.10.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000.

42 Rb. Den Haag zp Middelburg 31 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:17009.

43 ABRvS 27 maart 2015, nr. 201407219/1/v1 (niet gepubliceerd).

44 Het ontbreken van een motivering is toegestaan en ook gebruikelijk, ook als geschilpunten uitdrukkelijk worden besproken in de grieven. Dit volgt uit art. 91 lid 2 Vw.

Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Zwolle, heeft het oordeel bij uitspraak van 10 november 2015 nogmaals herhaald.⁴⁵ De staatssecretaris heeft in die zaak geen hoger beroep ingesteld, maar opvallend genoeg is nadien desalniettemin de aanscherping van het beleid doorgevoerd, met daarin nog steeds de mogelijkheid van een optelsom. Kennelijk is het beleid onder de loep genomen, maar werd ondanks de al bekende rechtspraak geen reden gezien om het onderdeel dat in strijd is met het Unierecht te schrappen. Oftewel, het feit dat de beleidsregel buiten toepassing is gesteld door de hoogste bestuursrechter wegens strijd met hogere internationale regelgeving, is voor de regering geen reden geweest om de beleidsregel daadwerkelijk buiten toepassing te laten. De optelsom wordt ook in de praktijk nog steeds toegepast. Waarschijnlijk zal alleen een gemotiveerd oordeel van de Afdeling of een prejudiciële procedure bij het HvJ EU hier verandering in kunnen brengen. Het is ook een merkwaardige keuze van de Afdeling geweest om de besproken uitspraak van Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg, kaal en zonder motivering te bevestigen, maar dit maakt het niet minder kwalijk dat de staatssecretaris doet alsof zijn neus bloedt.

5 Conclusie

In het strafrecht kan de verblijfsstatus van de vreemdeling een argument vormen in het kader van de op te leggen strafmaat. De hoogte van een straf, afgezet tegen de verblijfsduur van de vreemdeling, kan immers leiden tot een intrekking van het verblijfsrecht. Strafrechters zijn bereid om te luisteren naar goed onderbouwde, vreemdelingenrechtelijke argumenten. Op die manier kan een vreemdelingenrechtelijke procedure zelfs worden voorkomen.

Bij vreemdelingen met een verblijfstitel is het van belang vast te stellen welke glijdende schaal van toepassing is. Door de vele aanscherpingen van de afgelopen tien jaar is dat een ingewikkelde klus geworden. Ook hebben de aanscherpingen ertoe geleid dat het verblijfsrecht reeds als gevolg van een relatief lichte straf zal worden ingetrokken. Door het projectteam JUDOKA zal de IND sneller handelen bij een strafrechtelijke veroordeling en is het gevaar van een intrekking nog groter geworden.

In elk geval is het vanuit het vreemdelingenrecht altijd aan te raden om via een ingang het Unierecht van toepassing te verklaren, nu de Unierechtelijke openbare-ordetoets in veel gevallen gunstiger zal uitpakken dan de glijdende schaal. Dat kan bijvoorbeeld omdat er sprake is van een partner uit een andere EU-lidstaat, maar ook als een speciale, Europese richtlijn voor buitenlandse studenten van toepassing zou zijn. Als de vreemdeling een asielvergunning heeft, is het aanvullend van belang om na te gaan of het om een a- of b-vergunning gaat. De gevolgen van de veroordeling zijn immers groot als deze tot de kwalificatie van (bijzonder) ernstig misdrijf kan leiden, wat sinds de aanscherping van het beleid in 2016 lang niet meer zo bijzonder is – zeker niet als u zich bedenkt dat de besproken optelsom, waarbij het gehele strafblad kan worden betrokken, nog steeds wordt toegepast.

45 Rb. Den Haag zp Zwolle 10 november 2015, nr. AWB 15/7372 (niet gepubliceerd).



Mr. J.D.L. Nuis

is senior raadsheer/vicepresident van het Hof Amsterdam.
Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

43. Waardebepaling van goederen bij het vaststellen van daadwerkelijk behaald en te ontnemen voordeel in het ontnemingsrecht

Deze bijdrage geeft een korte beschouwing over de waardebepaling aan de hand van twee arresten van de Hoge Raad, waarbij in het eerste arrest de waarde (opbrengst van de hennepoogst) als daadwerkelijk behaald voordeel wordt aangemerkt en in het andere arrest de vordering naar aanleiding van de (afgesproken) vergoeding voor het kweekgenot na het oogsten van de hennep niet. Is dit onderscheid terecht? Een (summiere) zoektocht in rechtspraak en literatuur om deze vraag te beantwoorden.

1 Inleiding

In het ontnemingsrecht heeft de rechter, nadat is komen vast te staan dat de veroordeelde daadwerkelijk wederrechtelijk voordeel heeft verkregen uit strafbare feiten, een grote mate van vrijheid bij het vaststellen van het bedrag waarop dat voordeel wordt geschat. In deze bijdrage zal worden gezien of daartoe enig kader kan worden aangereikt uit een ander rechtsgebied, te weten het belastingrecht, om aldus ook binnen het ontnemingsrecht tot een zekere uniforme benadering te komen. Hiertoe zullen onder meer twee arresten van de Hoge Raad, over de waardebepaling van een zaak respectievelijk van een vordering, de revue passeren, waarbij in het eerste arrest de waarde (opbrengst van de hennepoogst) als daadwerkelijk behaald voordeel is aangemerkt en in het andere arrest de vordering naar aanleiding van de (afgesproken) vergoeding voor het kweekgenot na het oogsten van de hennep daarentegen juist niet. Of deze verschillende uitkomsten het gevolg zijn van het onderscheid tussen zaken en vermogensrechten of dat zij te maken hebben met de te volgen redenering zal nader worden beschouwd.

2 Waardebepalingen algemeen

‘Waarde in het economisch verkeer’ (WEV) is van oorsprong een fiscaal begrip en een belangrijk waarderingscriterium met name op het gebied van de taxatieleer en -standaarden. Het WEV-begrip kent een ruime toepassing op het gebied van allerlei goederen en verplichtingen. Aldus Berkhout:¹

‘Omdat de juridische wetenschap niet zelf beschikt over een uitgewerkt stelsel van waarde begrippen is het doelmatig om aan te sluiten bij het begrippenapparaat dat in de bedrijfseconomie en het (inter)nationale maatschappelijke verkeer zijn (lees: is; LN) ontwikkeld.’

Welke aspecten uit het fiscale vakgebied kunnen (mogelijk) tevens dienstig zijn aan de benadering van (min of meer vergelijkbare) problemen in het ontnemingsrecht?

Als het gaat om zaken, is het van belang ‘waarde’ en ‘prijs’ van elkaar te onderscheiden. ‘Waarde’ is een door subjec-

¹ T.M. Berkhout, *Waarde in het economische verkeer* (fed fiscale brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 9.

ten ((ver)kopers, eigenaars) in te vullen begrip, dat ook in geld kan worden uitgedrukt. Een 'prijs' is het (normvrije, feitelijke) bedrag dat betaald wordt op de markt. Handel – en daarmee prijsvorming – kan tot stand komen wanneer partijen een verschillende waarde hechten aan een object. Marktreferenties kunnen bij die prijsvorming ook een rol spelen. De rol die de taxateur vervult op de vastgoedmarkt is een beetje te vergelijken met die van de ontnemingsrechter. Hij schat een prijs die in een hypothetische transactie tot stand komt. Voor de onderbouwing van die schatting worden idealiter voldoende marktreferenties gegeven in het taxatierapport. De taxateur schat de prijs die op de markt onder een aantal voorwaarden kan worden verkregen, waarbij hij onder meer gebruikmaakt van nationale en internationale standaarden en richtlijnen. De methoden worden aan de taxateur overgelaten, hij heeft daarin vrijheid. Uit het rapport van de taxateur moet goed onderbouwd blijken hoe hij tot zijn getaxeerde prijs is gekomen, voorts doet hij verslag van zijn werkzaamheden en levert hij referenties aan.² Van belang is wel vast te stellen dat de taxateur over gedegen kennis van de desbetreffende markt beschikt. Zijn verslaglegging (rapport) kan zeer wel door de ontnemingsrechter gebruikt worden. Dit ligt wat moeilijker voor de ontnemingsrechter als het gaat om wetenschap aangaande de waardebepaling in bijvoorbeeld het helingcircuit; hij zal dan mogelijk met minder (gedegen en) verifieerbare informatie genoegen moeten nemen. Bewijstechnisch zal in die situatie de WEV de gangbare prijs zijn en als feit van algemene bekendheid kunnen worden aangemerkt. Als daarover ter terechtzitting verder geen discussie be-/ontstaat, kan met die kwalificatie worden volstaan en behoeft geen nader onderzoek plaats te vinden.³

Soms geeft de wet een aanwijzing, bijvoorbeeld als het gaat om de waardebepaling van aandelen. Zo bepaalt artikel 5.21 Wet IB 2001 als volgt:

'Voor de waardering van effecten die zijn opgenomen in enige bij ministeriële regeling aangewezen prijscourant wordt de waarde in het economische verkeer op de einddatum gesteld op de slotnotering die is vermeld in de prijscourant die betrekking heeft op die einddatum, dan wel, indien er geen prijscourant is die betrekking heeft op die einddatum, de slotnotering die is vermeld in de prijscourant die betrekking heeft op de laatste beursdag voorafgaande aan de einddatum. De waardering van zodanige effecten op de begindatum wordt gesteld op de slotnotering van het voorafgaande kalenderjaar.'

Daarmee ligt de wijze waarop de WEV van effecten dient te worden bepaald wettelijk vast.

Ook wordt in bepaalde definities aangehaakt bij de marktwaarde. Volgens A-G Van Soest:⁴

'Elk goed heeft zijn eigen "markt" waarop het het meest geschikt verkocht kan worden. Men zal dus voor elk soort goed, de omstandigheden waarin het goed verkeert in aanmerking genomen, moeten nagaan welke de geschikteste manier van verkoop is; de prijs welke bij verkoop op die manier kan worden verkregen, is de verkoopwaarde.'

In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad van 18 maart 1981⁵ merkt hij het volgende op:

'Als voor de zaken meer dan één markt bestaat, dient de aandacht gericht te worden op de markt die voor de te waarderen zaak in de omstandigheden waarin zij zich bevindt, (het meest; LN) in aanmerking komt.'

Wanneer het voor de ontnemingsrechter (gestolen) zaken betreft waarvan hij het bedrag moet vaststellen waarop het wederrechtelijk voordeel wordt geschat, zal de meest geëigende markt (= economisch verkeer) het helingcircuit zijn. Uit jurisprudentie valt dan af te leiden dat de eerste (criminele) hand op 20-25% voordeel wordt geschat en een tussenpersoon (uitgaande van een opvolgende koper) op 50% van de dagwaarde.⁶ Omstandigheden van het concrete geval spelen daarbij ook een belangrijke, soms zelfs doorslaggevende rol. Voor het bepalen van de waarde in het economisch verkeer kan bijvoorbeeld relevant zijn of een horloge nog in de oorspronkelijke verpakking zit en/of geleverd wordt met een certificaat van echtheid, of zich al een koper heeft gemeld, of er wordt voldaan aan een bepaalde vraag (levering op bestelling) en of er sprake is van een omvangrijke partij. Voor het bepalen van de waarde in het economisch verkeer op het gebied van drugs zijn min of meer objectieve gegevens (referenties) voor handen om het bedrag aan wederrechtelijk voordeel te schatten. Voor de waardebepaling dienen referenties te worden ingewonnen van 'partijen' op/in de desbetreffende

4 A.J. van Soest, *Belastingen: inkomstenbelasting, vermogensbelasting, vennootschapsbelasting* (19de druk), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 450. Omwille van de leesbaarheid heb ik de termen 'goed' en 'zaak' laten staan zoals ze door de schrijver zijn gebezigd.

5 HR 18 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AW9591, *BNB* 1981/170; ECLI:NL:PHR:1981:AW9591, punt 5.

6 Zie ook par. 3.1 alsmede o.m. HR 14 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9127, *NJ* 2006/163; HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:186 en Hof Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5063.

2 Zie voor de kwaliteitseisen taxatierapport, Berkhout, a.w., par. 1.8.

3 Art. 339 lid 2 Sv.

markt om aldus de waarde in het economisch verkeer vast te stellen. De aldus door de ontnemingsrechter vastgestelde waarde wordt – gegeven de aard van de gestolen zaken – als uitgangspunt genomen bij afzet in de desbetreffende markt, anders dan in het legale handelsverkeer. De WEV is in beginsel een objectievere maatstaf dan de prijs die partijen hebben afgesproken, omdat de laatste waardebepaling subjectief tot stand is gekomen en geenszins hoeft uit te sluiten dat de overeengekomen prijs matcht met de waarde in het economisch verkeer. De waarde in het economisch verkeer kan als feit van algemene bekendheid worden aangemerkt en het is aan de veroordeelde om aannemelijk te maken als dat anders is en – naar zijn oordeel – dient te worden uitgegaan van een lagere prijs.⁷

Hoe vluchtig de beschikking over de wederrechtelijk verkregen zaak, het bezit, ook is geweest, het voordeel is toen verkregen en daarmee een feit. Verlies anders dan door inbeslagneming door de politie, ontvreemding of schenking doet daaraan in beginsel niet af en is voor het vaststellen van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel niet relevant.⁸ Bij het vervolgens vaststellen van de betalingsverplichting kan de ontnemingsrechter met een en ander wel rekening te houden; die vrijheid heeft hij.⁹

3 Berekening voordeel van zaken

De Hoge Raad accepteerde in 2015 het oordeel van het hof dat het telen van hennep een product oplevert dat als zodanig vermogenswaarde heeft en als daadwerkelijk behaald voordeel moet worden aangemerkt.¹⁰ Het gaat daarbij mede vanwege het reparatoire karakter van de ontnemingsmaatregel om het voordeel dat de veroordeelde in de concrete omstandigheden daadwerkelijk heeft behaald.¹¹ In onderhavige casus ging het om de waarde die door het telen van de hennep was gecreëerd (het gewas). De gedroogde hennep (52 kg) had op enig moment de hennepdrogerij verlaten. Het hof had zich bij het vaststellen van het bedrag aan wederrechtelijk voordeel, gerekend naar de waarde in het economisch verkeer, onder meer gebaseerd op de volgende referenties: informatie van het Nationaal Netwerk Drugexpertise met betrekking tot de

groothandelprijs voor 1 kilogram nederwiet, alsmede informatie via internet over het gewicht na het drogingsproces dat overblijft aan consumptieve hennep. In het algemeen wordt de geschatte contante opbrengst van de hennep na verkoop als uitgangspunt wordt genomen.¹² Op zich verplicht de wet daartoe niet, mits het voordeel door de ontnemingsrechter in geval van ontnemen maar op geld wordt gewaardeerd.¹³

3.1 Rechterlijke vrijheid bij schatten voordeel

Een duidelijk voorbeeld van de vrijheid van de ontnemingsrechter bij het schatten van het wederrechtelijk verkregen voordeel is te vinden in hetgeen wordt weergegeven in de conclusie van A-G Vegter voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad van 14 september 2010 onder punt 5 luidend:¹⁴

'De strekking van de maatregel van ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel is, blijkens de wetsgeschiedenis, om te bewerkstelligen dat datgene dat de veroordeelde door een strafbaar feit aan profijt heeft verworven, weer aan hem wordt ontnomen. In casu heeft veroordeelde laptops, flatscreens en/of een camera verworven. Hij heeft voor deze goederen in totaal € 3100,= betaald. Die € 3100,= is echter slechts een deel, volgens de bewijsmiddelen zo'n 25%, van de dagwaarde van deze goederen. Strikt genomen is het vermogen van de veroordeelde door het verwerven en voorhanden hebben van deze goederen met ongeveer 75% van de dagwaarde van deze goederen gestegen. In dat opzicht kan reeds gezegd worden dat de veroordeelde door middel van de bewezenverklaarde feiten wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.'

Het hof ging er echter van uit dat de veroordeelde de goederen had verworven met de bedoeling deze te verkopen, en op die wijze voordeel te verkrijgen en dat was, gelet op de hoeveelheid en soort goederen, geenszins onbegrijpelijk. Bij verkoop zullen de goederen zo'n 50% van de dagwaarde opbrengen. In dat geval zal de veroordeelde uit de baten van de bewezenverklaarde feiten wederrechtelijk voordeel hebben verkregen en kan het daadwerkelijk behaalde voordeel daarop worden vastgesteld. Getalsmatig ziet het plaatje er dan als volgt uit: de dagwaarde van de goederen kan worden gesteld op € 12.400,=. De veroordeelde heeft aan de heler betaald € 3100,= (= 25% van de waarde van de goederen). Zijn vermogen is op dat moment dus in wezen toegenomen met € 9300,=. Hij heeft de goederen op zijn beurt verkocht voor € 6200,= (= 50% van de waarde van de goederen). De

7 Zie ter vergelijking ook par. 3.2.

8 Dat is overigens niet vanzelfsprekend en voor de (wetenschappelijke) discussie daarover verwijs ik naar de conclusie van A-G Vellinga (HR 9 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR3721), m.n. onder punt 9 en 10 en de aldaar genoemde vindplaatsen in de aldaar geciteerde literatuur.

9 Vgl. concl. A-G Vellinga (HR 9 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR3721) onder punt 15; Hof Amsterdam 18 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1316 (ik maakte deel uit van de combinatie die het arrest heeft gewezen) en art. 36e lid 5 Sr.

10 HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3364, r.o. 2.3.

11 A.A. Franken, 'Het daadwerkelijk verkregen voordeel', *DD* 2007/34.

12 HR 1 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1889, punt 8.

13 Zo valt af te leiden uit art. 511f Sv en art. 36e lid 5 Sr.

14 HR 14 september 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BM4092.

verkoopopbrengst minus de aankoopkosten levert een wederrechtelijk voordeel op van € 3100,=. Doordat het hof uitgaat van de bedoeling van de veroordeelde om de goederen door te verkopen, is dit een redelijke en acceptabele uitkomst anders zou – zonder uit te gaan van de gepretendeerde intentie – het daadwerkelijk behaalde voordeel op € 9300,= (de dagwaarde (€ 12.400,=) minus de aankoopkosten (€ 3100,=)) kunnen worden geschat.

Een tweede voorbeeld van de vrijheid van de ontnemings-rechter bij het schatten van het wederrechtelijk verkregen voordeel is te vinden in het arrest van het Hof Amsterdam van 26 januari 2016, waarin het volgende wordt overwogen:¹⁵

‘Het hof gaat, anders dan de raadsman en de advocaat-generaal, bij de vaststelling van de waarde van het horloge in het helingcircuit uit van een percentage van 50% van de geschatte dagwaarde. In de strafzaak is gebleken dat er sprake was van een bewust (gezamenlijk) plan gericht op de verwerving van dat specifieke horloge, in de wetenschap dat het horloge een aanzienlijke waarde vertegenwoordigde. Ook was alvast onderzoek gedaan naar mogelijk geïnteresseerden in het horloge. Onder die omstandigheden is het onaannemelijk dat de veroordeelde en zijn medeveroordeelden van plan waren het horloge aanzienlijk onder de geschatte dagwaarde te verkopen en is een percentage van minimaal 50% reëel.’

3.2 Bepalen (markt)waarde daadwerkelijk behaald voordeel

Het vijfde lid van artikel 36e Wetboek van Strafrecht (Sr) bepaalt dat de waarde van voorwerpen die door de rechter tot het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gerekend, ofwel kan worden geschat op de marktwaarde op het tijdstip van de beslissing ofwel door verwijzing naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst, indien verhaal moet worden genomen. Van daadwerkelijk behaald voordeel kan ook sprake zijn wanneer het gestolene nadien van de dief – volgens zijn zeggen – is ontvreemd. De omvang van het voordeel kan dan worden bepaald aan de hand van een schatting van de opbrengst die de veroordeelde bij verkoop in het illegale circuit (minimaal) zou hebben kunnen realiseren. Op het moment van de voltooiing van de bewezenverklaarde diefstal is wederrechtelijk voordeel verkregen; de latere ontvreemding doet daaraan niet af.¹⁶

Het weggooien van gestolen sieraden omdat de verkoop daarvan is mislukt, staat aan ontneming van het wederrechtelijk voordeel evenmin in de weg. De omvang van het wederrechtelijk voordeel werd door het hof in een concrete zaak bepaald en door de Hoge Raad in stand gelaten op 20% van de inkoopwaarde, die de gestolen goederen naar schatting in het helingcircuit zouden opbrengen.¹⁷ Het Openbaar Ministerie was in zijn berekening van het wederrechtelijk voordeel uitgegaan van de verkoopwaarde van de sieraden.

Het maakt bij het vaststellen van het daadwerkelijk behaalde voordeel niet uit of voorwerpen (zaken en vermogensrechten) zijn verkocht en/of de veroordeelde feitelijk ook de beschikking heeft verkregen over de geldelijke opbrengst. Het gaat telkens om de waarde in het economisch verkeer. Het economisch verkeer kent hier wel een zekere beperking, omdat in deze situaties de geëigende afzetmarkt doorgaans het criminele (heling)circuit betreft.¹⁸ De afzet op die markt van de gegeven producten dient dan als uitgangspunt te worden genomen en het is aan het OM aannemelijk te maken als dat naar zijn oordeel anders is en dient te worden uitgegaan van een hogere prijs.

Wanneer het wederrechtelijk voordeel bestaat uit een overeengekomen prijs die is voldaan of uit de opbrengst van een openbare verkoop, levert de schatting van het daadwerkelijk behaalde voordeel niet echt problemen op. Een tussen partijen overeengekomen prijs is echter wel een subjectief gegeven. Die prijs is namelijk tussen koper en verkoper overeengekomen en kan dus afwijken, bijvoorbeeld wanneer wordt geconstateerd dat de gepretendeerd overeengekomen prijs beduidend lager is dan de prijs die in de markt gebruikelijk is. Deze benadering vereist dan wel enig nader onderzoek door de financiële rechercheurs naar concrete referenties op de desbetreffende markt, die vervolgens in het financieel rapport dienen te worden verantwoord. Bij het schatten van de waarde van een voorwerp kan deze schatting verschillen van de verkoopprijs, als naderhand tot verkoop wordt overgegaan. De (toenmalige) Minister van Justitie heeft dit probleem alesignaleerd en stelt daarover:¹⁹

‘Een andere kwestie is, dat het soms heel moeilijk te schatten zal zijn welke waarde voorwerpen, die geacht worden het wederrechtelijk verkregen voordeel (mede) te belichamen, vertegenwoordigen, en dat zo’n schatting mogelijkerwijze heel anders uitvalt dan naderhand, als het aankomt op (openbare) verkoop, blijkt. In dergelijke gevallen kan het dienstig zijn dat,

15 Hof Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:166.

16 HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3721 (partij kobalt), NJ 2005/133.

17 HR 14 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9127, NJ 2006/163; zie ook Hof Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5063.

18 Zie voor uitvoerige beschrijving van de helingcircuits D. van de Mheen & P. Gruter, *Helingpraktijken onder de loep* (WODC Onderzoek en beleid, nr. 251), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

19 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 16.

wanneer op zulke voorwerpen conservatoir beslag is gelegd en te verwachten is dat ter voldoening aan een verplichting tot betaling van een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op het in beslaggenomen voorwerp verhaal zal moeten worden genomen, de rechter bij de bepaling van de omvang van het deel van het voordeel dat door dit voorwerp wordt belichaamd, mede kan refereren aan de bij executoriale verkoop te behalen opbrengst. Dit nu, wordt in het vierde (thans vijfde; *LN*) lid van art. 36e Sr als voorgesteld, voorzien. Hiermee wordt beoogd dat de veroordeelde geen extra nadeel ondervindt van door de rechter – zelfs op advies van deskundigen – verkeerd gemaakte inschattingen van de marktwaarde.’

3.3 Waardefluctuaties

Nu kunnen zich ook fluctuaties in de waarde voordoen tussen het moment van verkrijgen (het moment van plegen van het delict) en een op een later tijdstip gerealiseerde (lagere of hogere) waarde.

Een voorbeeld daarvan deed zich voor toen de veroordeelde met voorwetenschap aandelen had gekocht met gebruikmaking van voorkennis, welke aandelen hij later na de openbaarmaking van de koersgevoelige informatie en met verlies had verkocht.

De Hoge Raad overwoog dienaangaande:²⁰

‘Het Hof heeft het verschil berekend tussen de koers van het aandeel [A] op de tijdstippen waarop de betrokkene deze aandelen op 18 december 2006 heeft aangekocht en de slotkoers van het aandeel op 3 januari 2007, zijnde de koersen op de tijdstippen waarop de betrokkene “van voorwetenschap gebruik heeft gemaakt” respectievelijk op het tijdstip waarop “alle informatie in/en door de financiële markten was verwerkt”. Op basis van dit verschil heeft het Hof het wederrechtelijk verkregen voordeel geschat op de kosten die de betrokkene zich heeft bespaard doordat hij de aandelen kon aankopen tegen een koers waarin de informatie waarover de betrokkene beschikte nog niet was verdisconteerd. Gelet op art. 36e, vierde lid (oud), Sr, thans art. 36e, vijfde lid, Sr geeft het oordeel van het Hof dat onder wederrechtelijk verkregen voordeel ook besparing van kosten is begrepen, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. ‘s Hof’s oordeel is voorts niet onbegrijpelijk. Aan die begripelijkheid doet niet af de in de toelichting op het eerste middel genoemde omstandigheid dat de betrokkene de aandelen op enig moment na 3 januari 2007 met verlies heeft verkocht. Die omstandigheid is immers niet van invloed op de door de betrokkene op 3 januari 2007 gerealiseerde besparing. Evenmin doet aan die begripelijkheid af de enkele in de

toelichting op het tweede middel geopperde mogelijkheid dat de koers van het aandeel [A] tussen de hiervoor genoemde tijdstippen ook door andere omstandigheden is beïnvloed.’

Doorslaggevend is de waarde bestaande in de koers op het moment van aanschaf van de aandelen gebruikmakend van voorwetenschap. De lagere aanschaf koers is geduid als besparing van kosten en leverde aldus wederrechtelijk voordeel op. Dat de aandelen op een later moment minder opbrachten, komt voor rekening en risico van de veroordeelde. Wanneer de aandelen daarentegen in waarde zouden zijn gestegen, zou dat (vervolg)profijt hebben kunnen opleveren en zou de (hogere) koers bij verkoop bepalend kunnen zijn geweest bij het vaststellen van het bedrag waarop het wederrechtelijk voordeel wordt geschat overeenkomstig artikel 5.21 Wet IB 2001. Als waarde in het economisch verkeer kan dan de slotnotering op de einddatum worden gehanteerd.

4 Berekening voordeel van vorderingen

In paragraaf 3 is de waardebepaling besproken bij het vaststellen van het daadwerkelijk behaalde en te ontnemen voordeel van zaken. In artikel 36e Sr staat onder het zesde lid dat onder ‘voorwerpen’ worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten en onder het vijfde lid dat de waarde van voorwerpen die door de rechter tot het wederrechtelijk voordeel worden gerekend, kan worden geschat op de marktwaarde. Dat laatste ziet op de waarde in het economisch verkeer. Moeten vorderingen nu op dezelfde wijze worden benaderd als zaken of geldt voor vorderingen een ander regime? Daarover komen we nu te spreken.

4.1 Aan een vordering te stellen eisen

De Hoge Raad kreeg naar aanleiding van het arrest van het Hof ‘s-Hertogenbosch van 2 februari 2015 de vraag voorgelegd welke eisen aan een vordering gesteld kunnen worden wil deze worden aangemerkt als daadwerkelijk behaald voordeel. De veroordeelde was eigenaar van een ontmantelde kwekerij in zijn woning, waar hij samen met zijn vriendin verbleef. Hij verklaarde bij de politie dat de kwekerij eigenlijk eigendom was van twee jongens, van wie hij er één van naam kende. Hij zou € 2000,= tot € 3000,= krijgen per oogst en meer als de oogst goed gelukt was, afhankelijk van de opbrengst. Een week voordat de politie binnenviel, was er geoogst. De vriendin van de veroordeelde bevestigde dat er één keer was geoogst. Zij verklaarde voorts:

‘Wij kregen € 2000,= per oogst, heeft [de veroordeelde] mij gezegd.’

20 HR 8 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1618, r.o. 2.3.

Naar het oordeel van het hof is:

‘(...) komen vast te staan dat in ieder geval eenmaal een aantal van minimaal 600 hennepplanten is geoogst, voor welke oogst de veroordeelde ten minste € 2000,= zou krijgen. Alhoewel de veroordeelde noch zijn partner expliciet hebben ontkend het bedrag van € 2000,= daadwerkelijk te hebben ontvangen, is anderzijds ook niet gebleken dat de veroordeelde dit bedrag wel heeft ontvangen. Het hof is van oordeel, gelijk het standpunt van de advocaat-generaal, dat veroordeelde, in het geval hij dit bedrag nog niet heeft ontvangen, in ieder geval op de twee door veroordeelde genoemde personen die de kwekerij exploiteerden een als wederrechtelijk verkregen voordeel aan te merken vordering heeft van € 2000,=. Anders dan de raadsman acht het hof niet onaannemelijk dat dit een inbare vordering betreft. Naar eigen zeggen weet de veroordeelde de naam van één van de twee (eigenlijke) eigenaren van de hennepkwekerij.

Gesteld noch gebleken is dat de (eigenlijke) eigenaren de veroordeelde te kennen hebben gegeven dat hij de afgesproken vergoeding niet zou krijgen.

Gelet op het vorenstaande stelt het hof het wederrechtelijk door veroordeelde verkregen voordeel, op € 2000,=.

2.3 Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep houdt in dat aldaar is aangevoerd:

door de AG bij het Hof:

“Ik ben het eens met de inhoud van de appelmemoire van de officier van justitie d.d. 13 augustus 2013. Ik begrijp de beslissing van de politierechter dan ook niet. Misschien heeft de politierechter de vordering afgewezen omdat niet duidelijk is of veroordeelde wel of niet voor zijn diensten is betaald. Maar in het Praktijkboek Ontneming (H.G. Punt; LN), vierde druk (Den Haag: Sdu Uitgevers 2011; LN), wordt op pagina 86 geschreven dat een vordering ook een vermogensbestanddeel is en dus als wederrechtelijk verkregen voordeel kan worden aangemerkt. De vraag zou nog kunnen worden gesteld of het een oninbare vordering betreft. In dat geval zou het wederrechtelijk verkregen voordeel op € 2000,= kunnen worden gesteld en de betalingsverplichting op nihil. Maar dan is het aan de veroordeelde zelf om aannemelijk te maken dat de vordering niet inbaar is en ook nooit inbaar zal zijn. Dat is niet gebeurd. Ik vorder dan ook dat het hof de beroepen beslissing zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, het geschatte wederrechtelijk verkregen voordeel zal vaststellen op een bedrag van € 2000,= en de veroordeelde een betalingsverplichting aan de Staat zal opleggen gelijk aan dat bedrag.”

door de raadsman van de verdachte:

“Er is geen discussie dat er geoogst is. Vraag is of cliënt voordeel van die oogst heeft gehad. Cliënt heeft verklaard dat

hij geen geld heeft gezien. De advocaat-generaal meent dat er sprake is van een inbare vordering. Ik denk dat dit in het criminele circuit anders ligt. Bovendien volgt uit de Europese rechtspraak dat het voordeel ‘actually obtained’ moet zijn maar dat is in casu niet het geval. Primair stel ik mij op het standpunt dat de vordering tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel moet worden afgewezen. Subsidiair bepleit ik dat het wederrechtelijk verkregen voordeel zal worden geschat op een bedrag van € 2000,=, maar de betalingsverplichting van de veroordeelde aan de Staat op nihil zal worden gesteld.”

2.4 Bij de bepaling van het wederrechtelijk verkregen voordeel dient, mede gelet op het reparatoire karakter van de maatregel als bedoeld in art. 36e Sr, uitgegaan te worden van het voordeel dat de betrokkene in de concrete omstandigheden van het geval daadwerkelijk heeft behaald (vgl. HR 1 juli 1997, ECLI:NL:HR:1997:AB7714, NJ 1998/242 en HR 30 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3721, NJ 2005/133).

2.5 De overwegingen van het Hof houden in dat vaststaat dat aan de betrokkene door de twee door hem genoemde personen de toezegging is gedaan dat hij ten minste € 2000,= zou krijgen voor de oogst van de hennepplanten die in zijn woning zijn gekweekt. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat in het geval de betrokkene dat bedrag nog niet heeft ontvangen, de vordering die de betrokkene op die twee personen heeft als wederrechtelijk verkregen voordeel is aan te merken. Indien het Hof daarmee als zijn oordeel tot uitdrukking heeft gebracht dat de enkele toezegging van een geldbedrag zonder meer kan worden aangemerkt als voordeel als bedoeld in art. 36e, vijfde lid, Sr, geeft dit oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip voordeel. Het in de overwegingen van het Hof besloten liggende oordeel dat sprake is van daadwerkelijk behaald voordeel is gelet op hetgeen is aangevoerd ontoereikend gemotiveerd.’

De Hoge Raad bezigt in zijn arrest het woord ‘toezegging’ en oordeelt dan dat de enkele toezegging van een geldbedrag niet zonder meer als voordeel in de zin van artikel 36e, vijfde lid, Sr kan worden aangemerkt. In een eerder arrest heeft de Hoge Raad zich al uitgelaten over een toezegging en werd deze te licht bevonden om als voordeel te kunnen worden aangemerkt.²¹ Reijntjes stelt dat in die casus eerder sprake was van verwachtingen.²² In onderhavige situatie betrof het daarentegen een harde toezegging, de verplichting van de verkrijger van de oogst om de veroordeelde ten minste € 2000,= te betalen na het oogsten van de hennep. De afspraak was dat de

21 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7961, NJ 2008/317.

22 Noot J.M. Reijntjes onder HR 13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2851, NJ 2017/53, punt 3.

verkrijger het kweekgenot van de woning van de veroordeelde kreeg en dat hij bij een voltooid oogst aan de veroordeelde daarvoor € 2000,- zou betalen (en eventueel meer, afhankelijk van de opbrengst) als tegenprestatie; die € 2000,- zou hij dus in elk geval krijgen. De veroordeelde heeft zijn prestatie geleverd en heeft recht op de tegenprestatie van de wederpartij (de verkrijger van de hennepoogst). Kennelijk heeft de verkrijger niet direct betaald bij de levering/het ophalen van de oogst en dan heeft de veroordeelde ten belope van het overeengekomen bedrag dus een vordering op de verkrijger van de oogst/eigenaar van de kwekerij. Reden om onderhavige zienswijze van de Hoge Raad hierna kritisch te ventileren. Punt merkt op naar aanleiding van het eerdere arrest dat een enkele toezegging op zich niet toereikend is om te worden aangemerkt als – daadwerkelijk behaald – voordeel maar dat een motivering is vereist. Het gaat er dan om of de toezegging als vordering kan worden aangemerkt. Als dat zo is, behoort deze tot het vermogen van de veroordeelde en heeft deze een waarde. De nominale vordering dient dan te worden beschouwd als voordeel.²³ In artikel 36e, zesde lid, Sr is opgenomen dat onder ‘voorwerpen’ worden verstaan alle zaken en vermogensrechten om duidelijk te maken dat de rechter bij het bepalen van de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel de waarde van alle daarvoor in aanmerking komende zaken en vermogensrechten in zijn beschouwing kan betrekken en dat hieronder mede vorderingen worden verstaan.²⁴

4.2 Vergelijking van (overeengekomen) waarde van zaken en vorderingen

De waarde van de vordering in de hiervoor besproken casus, bedraagt het door partijen overeengekomen bedrag van € 2000,-. Er mag van worden uitgegaan, nu het tegendeel is gesteld noch gebleken, dat sprake is van een marktconforme vergoeding voor het beschikbaar stellen van kweekruimte (in een woning) voor een bepaald aantal (te oogsten) planten. De vraag die zich voordoet is of er nu wezenlijk verschil is met het in paragraaf 3 besproken arrest (ECLI:NL:HR:2015:3364). Daar werd aan het product, de geteelde hennep, een (vermogens)waarde toegekend, de waarde in het economisch verkeer, die als daadwerkelijk behaald voordeel werd aangemerkt. Na het oogsten had de hennep immers een waarde die door het telen was gecreëerd (het gewas), waardoor zijn vermogen is vermeerderd met wat door misdrijf is verkregen. Het aldus gekwalificeerde (daadwerkelijk) behaalde wederrechtelijk verkregen voordeel kan vervolgens worden ontnomen.

In de casus van de toezegging/de vordering

(ECLI:NL:HR:2016:2851) was de hennep afgeleverd en belichaamde deze een zekere waarde in het economisch verkeer, een deel van die waarde (de tussen partijen overeengekomen prijs) kwam de veroordeelde toe voor het beschikbaar stellen van zijn woning (kweekgenot). In beide casussen is het daadwerkelijk behaalde voordeel gerealiseerd na het oogsten. Er zou meteen hebben kunnen zijn afgerekend bij het ophalen van de oogst – zoals te doen gebruikelijk – maar dat is kennelijk niet gebeurd en ook eigenlijk niet zo relevant. De veroordeelde had ook – gebruikmakend van zijn retentierecht – een deel van de oogst kunnen achterhouden totdat de € 2000,- was betaald. Hij nam door het afgeven van de volledige hennepoogst een zeker risico. In plaats van contant € 2000,- te hebben ontvangen, kreeg de veroordeelde nu een vordering op de eigenaar/verkrijger van de hennep; kennelijk accepteerde hij deze gang van zaken. De parallel tussen beide casussen is volkomen. De Hoge Raad heeft gecasseerd vanwege ontoereikende motivering. Het is jammer dat de Hoge Raad op zijn beurt niet nader aangeeft waar het arrest van het hof in de motivering tekortschiet. Nu is het en beetje gissen. Mogelijk schort het aan de waardebepaling van de vordering in die zin dat nadrukkelijk geconstateerd zou moeten zijn door het hof dat de vordering strookt met hetgeen gegeven de ruimte en het aantal plantjes daarvoor in de desbetreffende markt gebruikelijk wordt betaald voor de geleverde diensten (het kweekgenot), althans dat de hoogte van de vordering in die zin niet is betwist en dat het OM niet heeft betoogd dat onder de marktprijs werd gewerkt. Daarnaast staat reeds in het arrest dat gesteld noch gebleken is dat iets het daadwerkelijk innen van de vordering in de weg staat. In de lijn van het eerder besproken arrest zou nog kunnen worden overwogen dat de veroordeelde ‘zijn’ deel (van de waarde) van de oogst, te weten € 2000,- heeft afgegeven met alle voor zijn rekening komende financiële risico’s van dien (zoals ook bij ontvreemding of weggooiën van voorwerpen het geval is).

De waarde van de vordering is niet betwist en dientengevolge kan ervan worden uitgegaan dat deze marktconform is vastgesteld. Dan is daarmee tevens het bedrag gegeven waarop het wederrechtelijk voordeel kan worden geschat.

De A-G bij het hof stelt nog de inbaarheid van de vordering aan de orde. Hij stelt dat wanneer de vordering niet inbaar blijkt te zijn, het voordeel kan worden gesteld op € 2000,- en de betalingsverplichting op nihil. Maar dan is het aan de veroordeelde zelf om aannemelijk te maken dat de vordering daadwerkelijk niet inbaar is en ook nooit inbaar zal zijn. De raadsman heeft de inbaarheid van de vordering bestreden door slechts – niet nader onderbouwd – te stellen dat dit in

23 H.G. Punt, *Praktijkboek ontneming*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 86.

24 *Kamerstukken II* 1989/90, 21504, 3, p. 21-22.

het criminele circuit nu eenmaal anders ligt.

A-G Bleichrodt voegt daar in zijn conclusie voorafgaande aan het arrest nog aan toe dat:²⁵

‘(...) in geval van toezeggingen als de onderhavige, in een schemerig drugsircuit, in het licht van de feiten en omstandigheden van het geval ten minste aannemelijk zal moeten zijn dat het bedrag daadwerkelijk zal worden voldaan.’

Het gaat bij het bepalen van het daadwerkelijk behaalde voordeel om het bestaan van de vordering. Of de vordering ook zal worden voldaan, is niet relevant bij het vaststellen van het bedrag waarop het wederrechtelijk voordeel wordt geschat. Feit is dat de betaling van de vordering (nog) is uitgebleven, maar dat doet aan de toename van het vermogen van de veroordeelde op zich niet af nu het een op geld waardeerbare vordering betreft op iemand van wie hij – de veroordeelde – de naam kent.

In tegenstelling tot het strafrecht is er in het belastingrecht al wel nagedacht over factoren die de waarde van een vordering kunnen verlagen. Daar geldt bij het waarderen van vorderingsrechten met maatschappelijke opvattingen als waardebeïnvloedende factor dat als de schuldeiser in redelijkheid niet tot executie kan overgaan dat een drukkend effect heeft op de waarde.

Schuttevâer en Zwemmer stellen hierover:²⁶

‘Indien een schuldeiser op grond van juridische, morele en ook zuiver zakelijke overwegingen afziet van het in rechte betrekken van een onwillige debiteur, kan de waarde van de vordering onder omstandigheden op nihil worden gesteld.’

Van Soest stelt in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad van 7 juli 1993 dat een lagere waardering van een bestaande schuld dan het nominale bedrag wel moet worden toegepast, als er een noemenswaardige kans is dat de vordering van de schuldeiser – op welke grond dan ook – nooit meer gerealiseerd zal worden.²⁷

4.3 Oninbare vordering in het ontnemingsrecht

Wanneer het wederrechtelijk verkregen voordeel in een ontnemingszaak is geschat op de waarde van de vordering, kan bij het bepalen van het bedrag dat de veroordeelde aan de Staat moet betalen ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel rekening worden gehouden met de oninbaarheid van de vordering – die als wederrechtelijk verkregen voordeel is geduid – als dat aanstonds duidelijk is. De rechter kan dan het bedrag van de betalingsverplichting lager vaststellen, matigen, wanneer de vordering geheel of gedeeltelijk niet (meer) inbaar is. Die vrijheid heeft de ontnemingsrechter.²⁸ Systematisch is dat juist dan het direct afwaarderen van het wederrechtelijk voordeel, omdat op het moment van de voltooiing van het delict het wederrechtelijk voordeel (= de waarde van de vordering) is verkregen, tenzij het zonneklaar een waardeloze vordering betreft, maar dan is er nooit reëel zicht op daadwerkelijk voordeel geweest. Het is evenwel in het ontnemingsrecht aan de veroordeelde met betrekking tot de oninbaarheid concrete feiten en omstandigheden aan te dragen. Bleichrodt denkt daar anders over, maar voert verder geen redengevende argumenten aan waarom dat in het criminele circuit anders zou moeten worden beoordeeld. Hij vermeldt slechts dat een en ander zich afspeelt in een ‘schemerig drugsircuit’. Als het de veroordeelde niet *aanstonds* lukt om de oninbaarheid van de vordering aan te tonen, kan daartoe door hem later altijd nog een verzoek worden ingediend op grond van artikel 577b Sv.²⁹

5 Conclusie

Bij het vaststellen van de waarde van daadwerkelijk behaald en te ontnemen voordeel in het ontnemingsrecht wordt aan de rechter grote vrijheid gelaten. Toch zijn er een paar kaders te schetsen die de rechter bij de waardebepaling van voorwerpen (zaken en vermogensrechten) behulpzaam kunnen zijn. Het ligt niet voor de hand onderscheid te maken in de beoordeling van zaken en vermogensrechten (vorderingen). Soms bestaat een wettelijke waardebepaling, zoals bij aandelen. In het ontnemingsrecht wordt voor de waarde van voorwerpen die door de rechter tot het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gerekend aangegeven dat deze kan worden geschat op de marktwaarde (WEV). Daartoe dient dan als maatstaf de waarde op de meest geëigende markt te worden genomen op basis van objectieve gegevens (referenties). Zowel naar aanleiding van de aldus bepaalde waarde als een tussen partijen afgesproken prijs bestaat de mogelijkheid deze te betwisten en daar kan door de veroordeelde of het Openbaar

25 HR 20 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1249, punt 12.

26 H. Schuttevâer & J.W. Zwemmer, *De Nederlandse successiewetgeving*, Deventer: Kluwer 1998, p. 193.

27 HR 7 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5399, BNB 1993/234 (geen PHR vindplaats), concl. A-G punt 3.17; A.J. van Soest, *Belastingen: inkomstenbelasting, vermogensbelasting, vennootschapsbelasting, besluit voorkoming dubbele belasting 1989, Nederlands Standaardverdrag* (20ste druk), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 388.

28 Art. 36e lid 5 Sr.

29 HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:970.

Ministerie gemotiveerd een andere waarde tegenover worden gesteld. De ontnemingsrechter zal daar dan gemotiveerd op dienen te beslissen.

Onder ‘voorwerpen’ worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten. Onder die laatste categorie vallen ook vorderingen. Als er tegenover een geleverde prestatie een overeengekomen financiële beloning staat en deze wordt niet betaald, ontstaat er een op geld waardeerbare vordering, waarvan de (nominale) waarde tot het vermogen van

de schuldeiser wordt gerekend. Zowel bij zaken waarvan de waarde in het economisch verkeer is vastgesteld als bij de (nominale) waarde van vorderingen waarvan is vastgesteld dat die waarde marktconform is, is sprake van daadwerkelijk behaald wederrechtelijk voordeel. Uiteindelijk is het de ontnemingsrechter die het te betalen bedrag aan de Staat vaststelt en dat kan lager zijn dan het geschatte voordeel. Dat kan zich voordoen in een situatie waarin door de veroordeelde genoegzaam is aangetoond dat de vordering geheel of gedeeltelijk oninbaar is.

bijgewerkt t/m 20 juli 2017

		Tweede Kamer					Eerste Kamer						
		Wetvoorstel en MvT	Verslag	Nota van het verslag	Mondelinge behandeling	Aangenomen	Gewijzigd wetsvoorstel	Voorlopig verslag	Memorie van antwoord	Eindverslag	Aangenomen	Staatsblad	Datum inwerkingtreding
32398	Wet forensische zorg												
32399	Verplichte geestelijke gezondheidszorg												
32882	Wijziging regeling schorsing voorlopige hechtenis												
33542	Wijziging Sv in verband met vastleggen en bewaren kentekengegevens												
33747	Wetsvoorstel versterking presterend vermogen politie												
33844	Wijziging Penitentiaire beginselenwet												
34086	Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (USB) (VPS)												
34126	Regeling meerdaadse samenloop												
34257	Wetsvoorstel affectieschade												
34145	Wet doorberekening kosten toezicht en tuchtrecht juridische beroepen											Stb. 2017, 86	1 januari 2018
34388	Wet gegevensverwerking en meldplicht cybersecurity												
34372	Wijziging Sr en Sv i.v.m. versterking opsporing en vervolging computercriminaliteit												
34432	Wijziging onder meer Wet wapens en munitie (legaal wapenbezit)												
34493	Wijziging Sv i.v.m. herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken												

Vooropgestelde arresten 2016

Ontwikkelingen
in de strafrechtelijke
jurisprudentie

Auteur:

Mr. drs. C.J.A. de Bruijn



Vooropgestelde arresten 2016 geeft een beeld van de ontwikkeling van de strafrechtelijke jurisprudentie in 2016. Net als in de voorgaande jaarlijkse bundels gaat het in deze selectie primair om de gegeven gezaghebbende oordelen. De uitspraken in deze bundel zijn thematisch gerangschikt en voorzien van trefwoorden, samenvatting, essentie en annotatie. Ieder hoofdstuk wordt voorafgegaan door een inleiding waar wordt aangegeven welke onderwerpen binnen dit thema aan bod komen.